الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية.
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي.
جامعة الحاج لخضر – باتنة–

كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية
قسم الشريعة / فرع فقه وأصول

نيابة العمادة للبحث العلمي
والعلاقات الخارجية

تفردات المالكية في باب النكاح

– جمعا ودراسة –

مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في الشريعة الإسلامية

فرع: فقه وأصول

إعداد الطالب:
عبد اللطيف بعجي

إشراف الدكتور
عبد القادر بن حرز الله

لجنة المناقشة

الاسم و اللقب	الرتبة	الجامعة الأصلية	الصفة
د. عبد الكريم حامدي	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	رئيسا
د. عبد القادر بن حرز الله	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	مقررا
د. مليكة مخلوفي	أستاذ محاضر	جامعة باتنة	عضوا
أد. نذير حمادو	أستاذ التعليم العالي	جامعة الأمير عبد القادر–قسنطينة	عضوا

السنة الجامعية:

1430-1431هـ/ 2009- 2010 م


بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

إلى والديّ الكريمين، اللّذين ربياني صغيرا، وما تزال أفضالهما تتوالى عليّ كبيرا.

إلى إخوتي، وأهلي وأقاربي.

إلى أساتذتي، من طور الابتدائي إلى الآن،

وعلى رأسهم الشيخ ساعد رفيس –رحمه الله- ؛ الذي علمني القرآن الكريم، وفضيلة الدكتور عامر لعرابي –حفظه الله- ؛ الذي أتقنت على يديه تلاوة القرآن الكريم،

إلى أصدقائي، وزملائي، الذين ساعدوني في إنجاز هذا البحث،

وأخص بالذكر أخي سعد الدين،

إلى هؤلاء جميعا، أهدي ثمرة جهدي، راجيا من المولى عز وجل أن يجعله خالصا لوجهه الكريم.

عبد اللطيف عمر بعجي

شكـــر وعرفـــــان

الحمد لله حمدا كثيرا، طيبا مباركا؛ أن وفقني لإكمال هذا البحث.

ولا يسعني في هذا المقام إلا أن أتقدم بجزيل الشكر، وعظيم الامتنان إلى سعادة المشرف، أستاذي الفاضل، الدكتور: عبد القادر بن حرز الله على ما أسداه لي من نصائح وإرشادات وتوجيهات علمية، على ضوئها تم بعون الله إنجاز هذا البحث.

مقدمة

مقدمة

الحمد لله، نحمده، ونستعينه، ونستهديه، ونسترشده، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلن تجد له وليا مرشدا.

وأشهد أن لا إله إلا الله القائل: ﴿ وَمِنْ ءَايَـٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَـَٔايَـٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم: ٢١

والصلاة والسلام على سيدنا محمد، الذي حث أمته على الزواج، وبين لها أهميته وفضله، كما بين أحكام هذا الميثاق الغليظ.

ومن ذلك الزمن اهتم المجتهدون من الصحابة والتابعين، ومن تبعهم من أئمة المذاهب بهذا الموضوع أبلغ اهتمام، وعنوا به أعظم عناية؛ لما يحتله من مكانة مهمة في حياة الأفراد والمجتمعات، كل ذلك حرصا منهم على بناء الأسرة على أسس ثابتة وقواعد محكمة.

ومع تطور حركة الاجتهاد الفقهي عبر العصور، وكثرة المسائل الواردة على الفقهاء وتشعبها؛ كان كل فقيه يفتي فيها بما استقر عنده من نص، وبما أوتيه من فهم على ضوء ذلك، وكثرت المذاهب الفقهية بكثرة الفقهاء؛ لكنها قلّت مع مر العصور حتى تكاد تنحصر في المذاهب الأربعة عندنا –أهل السنة.

ومع استقرار هذه المذاهب الأربعة واستقرار أصولها، التفّ حولها المسلمون، وظهرت فيها المصنفات، وتنوعت أغراضها؛ فكان بعضها يعنى بسرد الأحكام الفقهية على مذهب ما –إن مدللا عليه أو مجردا– وكان البعض الآخر يعنى بمقارنة أحكام الفقه بين المذاهب.

والدراسة المقارنة بين المذاهب، قد تكون مقارنة بين مذهبين أو أكثر، وكل ذلك ألف فيه السابقون، لكن هناك نوع من الدراسة المقارنة وهو دراسة التفردات الفقهية؛ أي دراسة المسائل التي انفرد فقيه ما فيها بحكم لم يوافقه فيها غيره، وفي إطار دراسة تفردات المالكية جاء بحثي هذا الذي اخترت أن يكون في باب النكاح، وعلى هذا جاء موسوما بـــ: "تفردات المالكية في باب النكاح –جمعا ودراسة–".

كما أني قيدت مجال الدراسة، فجاء محصورا في المذاهب الأربعة: (الحنفي، المالكي، الشافعي، والحنبلي)، ويرجع ذلك إلى:

1- صعوبة التمكن من جمع آراء فقهاء المذاهب المندثرة، كمذهب الأوزاعي، ومذهب سفيان الثوري... وعلى فرض التمكن منها، فيبقى مشكل التدليل لها قائما .

2- وضوح مناهج المذاهب الأربعة، واستقرارها، وسريان العمل بها في العالم الإسلامي قديما وحديثا.

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع البحث أهميته من عدة نواح كالآتي:

1- يكتسي نوع البحث (التفردات) أهميته من أهمية الدراسة المقارنة بين المذاهب، والتي نادى بها من تكلموا عن تجديد الفقه الإسلامي؛ إذ بالمقارنة تتمحص الآراء وتختبر، ويظهر صحيحها من سقيمها، وبذلك يتضح الرأي الأصلح للمكلفين، والأنسب لتحقيق مقاصد الشرع الحنيف.

2- ويكتسي جنس البحث (تفردات المالكية) أهميته من كونه - أساسا- يعنى بالمذهب المالكي، المذهب الذي رغم ثرائه وتميزه – أصولا وفروعا- لم يصل البحث فيه لإظهار كنوزه ولآلئه، وبذلك ما يزال محل لمز واتهام لدى طائفة من الناس، ومن جهل شيئا عاداه.

3- ويكتسي البحث في بابه (النكاح)أهمية أخرى تنشأ من اهتمام شريعتنا الإسلامية بهذا الموضوع، لما له من مكانة، الشيء الذي يفرض اختيار أرجح الآراء وأقومها.

إشكالية البحث:

إن تفردات أي مذهب عن غيره من المذاهب من شأنها أن ينشأ عنها عدة استفهامات، أولها عن القيمة العلمية لهذه التفردات، وعن مدى اعتبارها عند المقارنة، أم أنها من قبيل الشذوذ الفقهي؟

ثم ما كيفية التعامل مع هذه التفردات بين مذهبية متعصبة لدرجة تقديس آراء الفقهاء، والجمود على رأي واحد، وبين لامذهبية متطرفة تهوّن من شأن علمائنا واجتهاداتهم؟

وما أهمية هذه الآراء في التيسير على الناس ورفع الحرج عنهم في بعض القضايا؟ وما مدى تناسب ذلك وانسجامه مع روح الشريعة، ومستجدات العصر، ومتطلبات الزمان؟

أسباب اختيار الموضوع:

الأسباب التي دعتني إلى تناول هذا الموضوع أجملها في سببين موضوعيين وسبب ذاتي:

1- أهمية الدراسات المقارنة للمسائل الفقهية؛ لتمييز ما يصلح مما لا يصلح من الآراء الفقهية.

2- قلة الدراسات المشفوعة بالأدلة التي تعنى بخدمة فقهنا المالكي، كما هو الشأن في باقي المذاهب الفقهية الأخرى، وهذا ليس من باب التعصب المذهبي، وإنما هو من خدمة تراثنا الفقهي.

3- **والسبب الذاتي**: هو حرصي على مطالعة ومدارسة تراث السادة المالكية.

أهداف البحث:

كنت أسعى عند خوض غمار هذا الموضوع إلى تحقيق جملة من الأهداف، أذكر منها ما يلي:

1- المساهمة بهذا البحث في حركة التدليل لآراء الفقه المالكي والفقه الإسلامي عموما؛ الشيء الذي يعتبر مظهرا من مظاهر التجديد لهذا التراث الضخم.

2- إبراز مدى الدقة العلمية، والصنعة الفقهية التي تحلى بها فقهاء المالكية، وإبراز سعة ومرونة المذهب المالكي؛ ومن خلال ذلك الرد على التهم الموجهة إليه بأنه فقه تجريدي غير مدلل.

3- الوقوف على الأسباب التي أدت إلى انفراد المالكية، ومن ثم معالجة تلك المسائل الجزئية الدقيقة في ضوء أصول الفقه ومقاصد الشرع.

الدراسات السابقة :

الدراسات في المنهج نفسه - أي في التفردات الفقهية للمذهب المالكي وغيره-موجودة، ومما وقفت عليه منها: مفردات المذهب المالكي في العبادات، دراسة مقارنة، وهي رسالة دكتوراه، للدكتور عبد المجيد محمود الصلاحين، واستفدت منها في منهج تناول الموضوع.

وتوجد كذلك دراسات في مفردات المالكية في المعاملات بجامعة أم القرى بمكة المكرمة، كما سجل مشروع رسالة دكتوراه بعنوان: مفردات المالكية في المعاملات المالية وآثارها المعاصرة، في 2009 بكلية أصول الدين بجامعة الجزائر.

وسجل كذلك مشروع مذكرة ماجستير عن مفردات المالكية في الحج بالكلية المذكورة.

أما عن تفردات المالكية في النكاح، فلم أقف على بحث في ذلك، في حدود اطلاعي، كما كتب في مواضيع شتى من مفردات المذاهب الأخرى، ذكرتها في التمهيد عند الحديث عن مؤلفات المعاصرين في مجال المفردات.

منهج البحث:

اقتضت طبيعة الموضوع – لكونه يحوي الجمع والدراسة – أن أعتمد منهجين اثنين:

1- المنهج الاستقرائي: حيث حاولت أن أستقري المسائل التي انفرد بها المالكية عن غيرهم من المذاهب الثلاثة، وهذا اعتمادا على ما ذكره الذين صنفوا في مسائل الخلاف، في المذاهب الأربعة.

2- منهج المقارنة: وهذا بعد جمع أقوال الفقهاء في المسألة، والتأكد من أن المسألة محل للدراسة، أقوم عند ذلك بعرض أدلة المذاهب ومقارنتها لأخلص إلى الراجح متى أمكنني ذلك.

كما أنه حري بالتنبيه أنني اعتمدت في المسائل المدروسة على القول المشهور في كل مذهب، وذلك لأنه من العسير اتفاق أهل المذهب كلهم على قول واحد، مع أني ركزت –قدر المستطاع- على ذكر الأقوال الأخرى في المذهب المالكي خاصة، لأنه محل الدراسة أصالة.

وجدير بالذكر أني جمعت- ابتداء- من كتب الخلاف أكثر مما أثبتته في المذكرة، وذلك لأنني بعد التدقيق في تلك المسائل وجدت أن بعضا منها هو إما قول غير مشهور في المذهب المالكي، أو أنه مشهور و لكن وافقه قول مشهور في مذهب آخر، ولذلك أخرجتها عن مجال الدراسة.

طريقة كتابة البحث:

سلكت في كتابة هذا البحث منهجا حاولت أن يكون مطردا، يمكن أن ألخص معالمه فيما يلي:

1- **الآيات القرآنية:** كتبت بالرسم العثماني، وهي مضبوطة على رواية حفص عن عاصم.

2- **الأحاديث النبوية والآثار**: خرجت الحديث أو الأثر عند وروده أول مرة في البحث من مصنفات الأحاديث والآثار كما يلي:

إن كان الحديث أو الأثر مخرجا في صحيحي البخاري ومسلم، أو في أحدهما اكتفيت بذلك، لتلقي الأمة لهما بالقبول، إذ يعتبران أصح الكتب بعد القرآن الكريم، فإن لم يكن الحديث أو الأثر فيهما ولا في أحدهما، اجتهدت في تخريجه من كتب السنن والمسانيد والمصنفات محاولا إرفاق ذلك بدرجة صحته، استنادا إلى من حكم عليه من أهل هذا الفن، كابن حجر والزيعلي والألباني والأرنؤوط.

3- **تراجم الأعلام**: ترجمت للأعلام الفقهاء الذين نقلت أقوالهم في البحث، أو من ذكرت أنهم أصحاب مصنفات في فن المفردات ، ولم ألتزم الترجمة لرواة الأحاديث من الصحابة والتابعين، وكذا لم ألتزم الترجمة للأعلام من الصحابة ، وذلك لعدم إثقال الهوامش ، إذ لا تكاد تخلو صفحة من البحث إلا وذكرت فيها كوكبة من الأعلام .

4- **توثيق المسائل الفقهية**: اتبعت في توثيق المسائل الفقهية من مصادر كل مذهب، أن ألخص حكم المسألة في صلب البحث ثم أحيل إلى موطن ذلك في مصادر المذهب المذكور في أكثر من مصدر أو مرجع؛ ليطمئن القارئ أن هذا الحكم الذي لخصته هو القول المشهور في ذلك المذهب، كما قصدت اجتناب نقل عبارات الفقهاء الدالة على ذلك اتقاء التطويل من غير داع.

كما التزمت عند ذكر المصدر أو المرجع أول مرة، أن أذكر كل المعلومات التوثيقية، مقدما في ذلك عنوان الكتاب، فمؤلفه، فمحققه إن وجد، ثم معلومات النشر. واستثنيت من ذلك كتب التراجم والتخريج أرجأتها إلى فهرس المصادر والمراجع؛ وهذا مخافة إثقال الهوامش.

5- **الفهارس**: رتبت الآيات على حسب ترتيبها في المصحف، والأحاديث رتبتها على الترتيب المعجمي المعتمد في المعاجم، وكذا الأعلام رتبتهم معجميا مع تقديم ما اشتهر به العلم سواء كان اسما أو لقبا أو نسبة؛ تسهيلا للعثور عليه في الفهرس، كل ذلك مع إهمال ألفاظ "ابن"، "أبو"، ولام التعريف، وهمزة الوصل.

خطة البحث:

قسمت بحثي إلى مقدمة، وفصل تمهيدي، وفصول أربعة، وخاتمة، وذلك كما يلي:

- **مقدمة:** عرفت فيها بالموضوع وأهميته، وإشكاليته وأسباب اختياره، وأهدافه.
- **الفصل التمهيدي:** حقيقة التفردات ، وتاريخ التصنيف فيها، وقسمته إلى مبحثين:
  المبحث الأول: التفردات (المفردات)، تعريفها، وأمثلتها من المذاهب الفقهية.
  المبحث الثاني: التأليف في التفردات (المفردات)، من القدامى إلى المعاصرين.
- **الفصل الأول:** تفردات المالكية في الخطبة والولاية والإشهاد، وضمنته تمهيدا ومسائل ثمان، جعلت لكل مسألة مبحثا كاملا، والمسائل كالآ تي:

  المسألة الأولى: حكم النكاح المترتب عن الخطبة على الخطبة.

  المسألة الثانية: حكم هدايا الخطبة حال فسخها.

  المسألة الثالثة: ذات الوليين.

  المسألة الرابعة: الأولى بإنكاح المرأة:الأخ أم الجد؟.

  المسألة الخامسة: مدى اعتبار النسب في الكفاءة.

  المسألة السادسة:حكم ولاية الإجبار على البنت البالغة التي زالت بكارتها بزنا.

  المسألة السابعة: وقت الإشهاد على النكاح.

  المسألة الثامنة: حكم النكاح إذا شهد الشاهدان وتواصوا بالكتمان.

- **الفصل الثاني:** تفردات المالكية في الصداق، ويتضمن تمهيدا ومسائل عشرا، لكل مسألة مبحث كالآتي.

  المسألة الأولى: مقدار أقل الصداق.

  المسألة الثانية: أثر فساد المهر على صحة العقد.

  المسألة الثالثة: حكم الاتفاق على نفي المهر.

المسألة الرابعة: حكم وجه الشغار ومركبه.

المسألة الخامسة: الحكم إذا طلبت المفوضة مهرا.

المسألة السادسة: حكم ما يعرض للصداق من تغير قبل الطلاق.

المسألة السابعة: اختلاف الزوجين في قدر أو صفة الصداق قبل الدخول.

المسألة الثامنة: اختلاف الزوجين في قبض الصداق قبل الدخول.

المسألة التاسعة: الحكم إذا تجهزت المرأة بالصداق، ثم طلقها قبل الدخول.

المسألة العاشرة: حكم عفو الولي عن نصف مهر موليته حال طلاقها قبل الدخول.

- **الفصل الثالث**: تفردات المالكية في حقوق الزوجية، ويتضمن تمهيدا ومسائل تسعا، كل مسألة تستغرق مبحثا، كما يلي.

المسألة الأولى: حكم تنازع الزوجين في قبض النفقة.

المسألة الثانية: حكم نفقة زوجة الصبي البالغة.

المسألة الثالثة: حكم إرضاع الأم لولدها.

المسألة الرابعة: حكم خدمة المرأة لزوجها.

المسألة الخامسة:كيفية القسم بين الحرة والأمة.

المسألة السادسة:حكم العيب الحادث بأحد الزوجين بعد العقد.

المسألة السابعة: الحكم إذا قدم المفقود وقد نكحت امرأته.

المسألة الثامنة: مدى سلطان الحكمين في إيقاع الفرقة بين الزوجين.

المسألة التاسعة: حكم الشروط الجعلية في عقد النكاح.

- **الفصل الرابع**: تفردات المالكية في الأنكحة الفاسدة و المنهي عنها. ويتضمن تمهيدا ومسائل ثمان، كل مسألة تستغرق مبحثا، كالآتي.

المسألة الأولى: أثر نكاح المعتدة من الغير.

المسألة الثانية: حكم نكاح المريض.

المسألة الثالثة: حكم نكاح الأمة على الحرة.

المسألة الرابعة: حكم نكاح الحرة على الأمة.

المسألة الخامسة: حكم أنكحة غير المسلمين.

المسألة السادسة:أثر الرضاع بعد الفطام في الحولين.

المسألة السابعة: نصاب الشهادة على الرضاع.

المسألة الثامنة: حكم تزوج العبد أكثر من زوجتين.

- **خاتمة**: وضمنها أهم النتائج المتوصل إليها.

الفصل التمهيدي: حقيقة التفردات، وتاريخ التصنيف فيها.

المبحث الأول: التفردات: تعريفها، وأمثلتها في المذاهب الفقهية

المبحث الثاني: التأليف في المفردات من القدامى إلى المعاصرين

المبحث الأول: التفردات، تعريفها، وأمثلتها من المذاهب الفقهية:

يجدر التنبيه إلى أن التفردات، والمفردات لفظتان بمعنى واحد، يفهم منهما انفراد واستقلال رأي عن غيره من الآراء، واخترت أن يكون عنوان البحث بلفظ "التفردات"؛ لما رأيت من أنه أوضح في الدلالة على مضمون البحث من لفظ المفردات، وذلك لما قد يتوهم من هذا اللفظ الأخير أنه يقصد مصطلحات المذهب، أو غير ذلك.

لكن في هذا الفصل التمهيدي، وعند التطرق للتعريف الاصطلاحي، والتأريخ لمن صنف في هذا الاتجاه، أجدني مجبرا على التعامل مع لفظ "المفردات" دون "التفردات"؛ وهذا راجع لكون من عرّفه اصطلاحا، وكل من صنف في ذلك - قديما وحديثا- استعمل لفظ المفردات.

المطلب الأول: تعريف التفردات (المفردات):

لتوضيح حقيقة المفردات، ينبغي تعريفها في اللغة، ثم في الاصطلاح:

ففي اللغة: جمع مفردة، مشتق من مادة "فرد"، وجاءت في اللغة بمعان عدة تدل على الوحدة والتميز والتنحي، وعدم النظير والمماثل.

منها:- الفرد: الوتر، والجمع أفراد وفرادى، على غير قياس.

والفرد:- الذي لا نظير له، يقال شيء: فَرْدٌ، فَرَدٌ، فَرِدٌ، فُرُدٌ، وفَارِدٌ.

ويقولون: سدرة فاردة: انفردت عن سائر السدر.

وظبية فارد: منفردة، انقطعت عن القطيع.

وراكب مفرد: ما معه غير بعيره. (1)

وفي الحديث النبوي "سبق المفردون، قالوا: يا رسول الله، ومن المفردون؟ قال: الذاكرون الله كثيرا والذاكرات". (2)

1- لسان العرب: ابن منظور،إعداد: يوسف خياط، تقديم: عبد الله العلايلي. دار لسان العرب، بيروت- لبنان، (د، ط)،(د، ت)، مادة "فرد" 1068/2. معجم مقاييس اللغة: ابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون. دار الجيل، بيروت- لبنان، ط1، 1411هـ-1991م، مادة "فرد"، 500/4.

2- أخرجه مسلم: كتاب: الذكر والدعاء والتوبة والاستغفار، باب: الحث على ذكر الله تعالى، برقم:6749، 07/17 (مع شرح النووي).

وفي الاصطلاح: عرفها الدكتور عبد الله المطلق بأنها:" المسائل الفقهية التي انفرد بها أحد الأئمة الأربعة بقول مشهور في مذهبه، لم يوافقه أحد من الأئمة الثلاثة الباقين".

وأضاف معلقا: "وبهذا يظهر أنه ليس من لوازم المفردات أن ينفرد بها القائل من علماء الأمة جميعا، ولو كان ذلك لازما لندر أن يكون هناك مفردة؛ إذ يندر أن ينفرد أحد من علماء المسلمين بقول في مسألة لم يوافقه فيه أحد من العلماء قبله، ولو وجد فغالبا ما يكون هذا من أخطاء ذلك العالم". [1]

لكن تعريفه هذا لا يصح بهذا الإطلاق؛ فحصر المفردات بين المذاهب الأربعة هو تقييد نسبي يختلف من باحث لآخر، فيصح للباحث أن يبحث مفردات إمام ما من المذاهب الثمانية (الحنفي، المالكي، الشافعي، الحنبلي،الظاهري، الإباضي، الجعفري، الزيدي) مثلا، أو كما بحثوا مفردات ابن حزم عن المذاهب الأربعة، وأسموها مخالفات، وكذا مفردات ابن تيمية عن المذاهب الأربعة ...

ولذا أرى أن يبقى تعريف المفردات مطلقا، أي قولك: مفردات الإمام الفلاني فالأصل أنها المسائل التي خالف فيها غيره،وبعد ذلك لكل باحث أن يحصر مجال البحث في المذاهب التي أراد ، وهو ما ذكرته في المقدمة، بأن مجال بحثي محصور في المذاهب الأربعة.

المطلب الثاني: أمثلة المفردات من المذاهب الفقهية.

من المهم أن يعلم طالب العلم أن المفردات الفقهية ليست سمة لمذهب دون آخر ، بل لكل مذهب من المذاهب مفردات انفرد بها عن غيره ، وبما أن الدراسة مقصورة على المذاهب الأربعة فسأقتصر على أمثلة من المفردات لكل مذهب عن غيره من الأربعة ، مراعيا في ذلك الترتيب الزمني لظهور المذهب :

1- المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: منصور البهوتي، تحقيق: د. عبد الله المطلق. دار كنوز إشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1427هـ-2006م.

أولا : أمثلة من مفردات المذهب الحنفي :

1. قال أبو حنيفة بنقض الوضوء بالقهقهة في الصلاة ذات الركوع والسجود [1] .
2. وقال بأن الإقامة للصلاة كالأذان – في تثنية ألفاظها – بزيادة قد قامت الصلاة مرتين. [2]
3. كما قال بوجوب صلاة الوتر . [3]
4. وقال أيضا بعدم وجوب الزكاة في مال الصبي والمجنون ، لأن الزكاة عنده عبادة محضة ، والصبي والمجنون لا يخاطبان بها ، ولا يطالب الولي بإخراجها عنهما من مالهما إلا في زكاة الحبوب والثمار لوجوبها فيهما . [4]

ثانيا : أمثلة من مفردات المذهب المالكي – في غير النكاح –:

1. عدم التوقيت بالمسح على الخفين[5] ،بل هو مطلق.
2. القول بطهارة الكلب ، وطهارة سؤره . [6]
3. إفراد لفظ" قد قامت الصلاة " في الإقامة. [7]
4. وجوب تبييت النية في صوم التطوع ، وأنه لا يصح إلا بها . [8]
5. إباحة أكل سباع الطير الجارحة. [9]

1- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع :علاء الدين الكاساني.دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط)، (د،ت)، 32/1.

2- المصدر نفسه، 148/1.

3- المصدر نفسه، 270/1.

4- المصدر نفسه، 604/2.

5- مفردات المذهب المالكي في العبادات: د. عبد المجيد الصلاحين. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1426هـ، 2005م. 163/1.

6- المرجع نفسه 227/1.

7- المرجع نفسه 305/1.

8- المرجع نفسه 644/2.

9- المرجع نفسه 887/2.

ثالثا : من مفردات المذهب الشافعي :

1. القول بوجوب قراءة الفاتحة على المأموم مطلقا . [1]
2. استحباب التورك في جلسة التشهد الأخير ، واستحباب الافتراش في الأول. [2]
3. جواز تعجيل زكاة الفطر من أول رمضان. [3]

رابعا: أمثلة من مفردات المذهب الحنبلي:

1. جواز فسخ الإفراد والقران إلى التمتع.
2. قبول شهادة أهل الذمة على المسلمين عند الحاجة، كالوصية في السفر.
3. تحريم نكاح الزانية حتى تتوب.
4. جواز شهادة العبد. [4]

وتجدر الإشارة أنه لا ينبغي أن يخطر ببال طالب العلم أبداً أن انفراد إمام من الأئمة بقول ما في مسألة ما،يؤذن بأن قوله مردود، ضعيف المدرك والملحظ ،لمخالفته ما عليه سائر العلماء، بل العبرة في فقهنا الإسلامي بصحة الدليل ووضوح الاستدلال.

والناظر في واقع الاجتهاد الفقهي المعاصر يلحظ بأن الفتوى والعمل قد صارا إلى تصحيح مفردات فقهية انفرد بها بعض الأئمة، مثل قول أبي حنيفة بجواز إخراج زكاة الفطر نقدا؛ فقد صارت الفتوى بها عند جماهير العلماء المعاصرين، وعليها العمل في سائر بلاد المسلمين ، بل

1- مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: شمس الدين الشربيني، تحقيق: علي معوض، وعادل عبد الموجود، تقديم: محمد بكر إسماعيل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ ، 1994م، 353/1.

2- المصدر نفسه، 377/1. **والتورك:** هو تنحية الرجلين في التشهد الأخير، وإلصاق المقعدة بالأرض في قعود الصلاة، **والافتراش في الصلاة:** أن ينصب قدمه اليمنى قائمة على أطراف الأصابع، ويفرش رجله اليسرى؛ بأن يلصق ظهرها بالأرض ويجلس على باطنها. الموسوعة الفقهية، مصطلح "تورك" 148/14.

3- المصدر نفسه، 133/2.

4- مجموع فتاوى ابن تيمية: جمع: عبد الرحمن بن قاسم. مكتبة المعارف، الرباط، المغرب، (د،ط) (د،ت) 229/20.

صارت الفتوى والعمل على مفردات من غير الأئمة الأربعة ، كفتوى شيخ الإسلام ابن تيمية يكون الطلاق الثلاث في مجلس واحد يعتبر طلقة واحدة.

المبحث الثاني: التأليف في المفردات من القدامى إلى المعاصرين.

المطلب الأول: التأليف في المفردات عند المتقدمين:

لم يعرف التصنيف في مجال المفردات عند المتقدمين؛ فلم تكن كتب الخلاف تعنى بمفردات إمام من الأئمة، إنما كانت مصنفات الخلاف إذ ذاك تحكي الخلاف بين إمامين من الأئمة ،أو بين الثلاثة غير أحمد، أو بين الأربعة، أو بين الأربعة وغيرهم.

ومن المصنفات التي حكت الخلاف بين إمامين :كتاب الحجة على أهل المدينة ،لمؤلفه محمد بن الحسن الشيباني[1]، صاحب أبي حنيفة، وظاهر أنه يعنى بخلاف الأحناف مع المالكية، وكذا كتاب الخلافيات للبيهقي[2]، الذي عني بخلاف أبي حنيفة والشافعي.

ومن المصنفات التي عنيت بالخلاف بين الأئمة الثلاثة غير أحمد: الإشراف على نكت مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي[3]، واختلاف الفقهاء لابن جرير الطبري[4]، وهذا الأخير ذكر خلاف الأئمة الثلاثة وغيرهم، إلا أنه لم يذكر الإمام أحمد، والسبب في ذلك أنه لم يكن يعد أحمد من الفقهاء، إنما عده من أهل الحديث. [5]

1- هو: محمد بن الحسن بن فرقد، نسبته إلى بني شيبان بالولاء، أصله من قرى دمشق، إمام في الفقه والأصول، ثاني أصحاب أبي حنيفة بعد أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد بالرقة، من مؤلفاته: السير الكبير، السير الصغير، الأصل، المبسوط. مات بالري عام(189هـــ). ترجمته: (الجواهر المضية 122/3 ، سير أعلام النبلاء 134/9).

2- هو: أحمد بن الحسين بن علي الخراساني، أبو بكر، حافظ، علامة، فقيه شافعي، صاحب التصانيف النافعة الكثيرة منها:السنن والآثار، الأسماء والصفات، دلائل النبوة، شعب الإيمان... توفي(459هـــ). ترجمته: (سير أعلام النبلاء 163/18 ، طبقات الفقهاء الشافعية 332/1).

3- هو: عبدالوهاب بن علي بن نصر البغدادي، أبو محمد، أحد أئمة المالكية بالعراق، ولي القضاء بالعراق ثم بمصر لما رحل إليها، له كتب نافعة منها: التلقين، المعونة، الإشراف، شرح الرسالة، وكلها في الفقه، توفي بمصر(422هـــ) ترجمته: (الديباج المذهب 261، شجرة النور154/1).

4- هو: محمد بن جرير بن يزيد، أبو جعفر، إمام عالم مجتهد، كان شافعي المذهب، ثم استقل بمذهب خاص، صاحب التصانيف البديعة منها في أخبار الأمم وتاريخهم، والتفسير والفقه، توفي (310هـــ).ترجمته: (سير أعلام النبلاء 267/14، طبقات الفقهاء 93).

5- اختلاف الفقهاء: ابن جرير الطبري. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت) ص15.

ولم يكن الطبري بدعا في صنيعه هذا، بل هو لم يفعل إلا ما فعله غيره قبله وبعده، فقد أهمل خلاف أحمد غير واحد من أصحاب كتب الخلاف، فلم يذكره الطحاوي[1]في اختلاف الفقهاء،ولا الدبوسي[2] في تأسيس النظر، ولا غيرهما.

ومن المصنفات التي عنيت بالخلاف بين الأربعة فقط –في الغالب– الإفصاح لابن هبيرة[3]، وحلية العلماء للقفال الشاشي[4].

أما ما عني بخلاف الأربعة وغيرهم من المذاهب المندرسة، وأقوال الصحابة والتابعين...، فمن هذه المصنفات: الإشراف على مذاهب أهل العلم لابن المنذر[5]، والمغني لابن قدامة[6].

وبعد هذا الذي ذكرته من إهمال كثير من مصنفات كتب الخلاف خلاف أحمد، فإنه من الطبيعي أن يصدر من فقهاء الحنابلة ما يذودون به عن مذهبهم الذي يدينون الله به.

1- هو: أحمد بن محمد بن سلامة، أبو جعفر، الطحاوي المصري، الحنفي، انتهت إليه رئاسة أصحاب أبي حنيفة بمصر، من تصانيفه: أحكام القرآن، معاني الآثار، شرح مشكل الآثار، الاختلاف بين الفقهاء، العقيدة التي اشتهر بها، توفي 311هـ، ترجمته:(سير أعلام النبلاء 27/15، الجواهر المضية 102/1).

2- هو: عبد الله بن عمر بن عيسى الدبوسي، أبو زيد، نسبة إلى دبوسية، قرية بين بخارى وسمرقند، من أكبر فقهاء الحنفية، له من المصنفات: الأسرار في الأصول والفروع، تقويم الأدلة في الأصول، توفي:340هـ، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 521/17، معجم تراجم الفقهاء 111).

3- هو: يحيى بن محمد بن هبيرة الذهلي الشيباني، أبو المظفر، من قرى دجيل بالعراق، فقيه حنبلي، أديب، من شيوخ ابن الجوزي، ولي الوزارة للخليفتين المقتضي والمستنجد، من مؤلفاته: الإفصاح، توفي: 560هـ، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 426/20، معجم تراجم الفقهاء 341).

4- هو: محمد بن أحمد بن الحسين بن عمر، أبو بكر الشاشي، القفال، المعروف بالمستظهري، من ديار بكر(سوريا)،فقيه شافعي، له من المصنفات: حلية العلماء، والمعتمد شرح الحلية، والترغيب في المذهب، والشافي في شرح المزني، توفي: 507هـ، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 283/16، معجم تراجم الفقهاء 277).

5- هو: محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، من كبار الفقهاء المجتهدين، لقب بشيخ الحرم، أكثر تصانيفه في اختلاف العلماء منها: المبسوط في الفقه، الأوسط في السنن، الإجماع والاختلاف، واختلاف العلماء... توفي:309 أو310هـ، ترجمته: (طبقات الفقهاء 108، سير أعلام النبلاء108/1).

6- هو:عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، موفق الدين، من أهل جماعيل من قرى نابلس بفلسطين، رحل إلى بغداد لطلب العلم، فقيه حنبلي مجتهد له من المصنفات: المغني شرح مختصر الخرقي، والكافي، والعمدة، والمقنع، كلها في الفقه، وفي الأصول له: روضة الناظر، توفي: 620هـ، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 165/22، معجم تراجم الفقهاء 269).

ولعل السبب المباشر الذي فتح الباب للتأليف في مفردات أحمد هو ما ألفه عماد الدين بن محمد الطبري الشافعي المعروف بإلكيا الهراسي[1] في نقد مفردات أحمد، حيث تصدى للرد على هذه المفردات، وبيان ضعف مأخذ أحمد في الاستدلال لها.

لكن الحنابلة لاحظوا عليه أنه لم يعتبر القول المشهور لأحمد، كما أنه لم يعتبر موافقة مالك في ذلك[2]، وفي ذلك يقول ابن تيمية: "وأما ما يسميه بعض الناس مفردة لكونه انفرد بها عن أبي حنيفة والشافعي، مع أن قول مالك فيها موافق لقول أحمد أو قريب منه، وهي التي صنف لها الهراسي ردا عليها، وانتصر لها جماعة كابن عقيل[3]، والقاضي أبي يعلى الصغير[4]، وأبي الفرج بن الجوزي[5]... فهذه غالبها يكون قول مالك وأحمد أرجح من القول الآخر، وما يترجح فيها القول الآخر يكون مما اختلف فيه قول أحمد..." [6].

1- هو: علي بن محمد بن علي، أبو الحسن، الطبري، عماد الدين، فقيه شافعي، مفسر، أصولي، متكلم، تفقه على إمام الحرمين، درس بالمدرسة النظامية، من تآليفه: أحكام القرآن، لوامع الدلائل في زوايا المسائل، شفاء المسترشدين في مباح المجتهدين، التعليق في أصول الفقه، توفي:504هـــ، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 350/19، معجم تراجم الفقهاء 26).

2- المنح الشافيات 18/1، مفردات المذهب المالكي 73/1.

3- هو: علي بن عقيل بن محمد بن عقيل ، أبو الوفاء، البغدادي، الظفري (قرية شرق بغداد)، الحنبلي، المتكلم، صاحب التصانيف، له كتاب الفنون يزيد عن أربعمائة مجلد، الفصول، تهذيب النفس وغيرها، توفي: 515هـــ، ترجمته:(سير أعلام النبلاء 443/19، المنهج الأحمد252/2).

4- هو: محمد بن أبي خازم محمد بن القاضي الكبير أبي يعلى بن الفراء البغدادي، من أنبل فقهاء الحنابلة وأنظرهم، ولي قضاء واسط مدة، من مؤلفاته: المفردات، التعليق على مسائل الخلاف، توفي 560هـــ، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 353/20، المنهج الأحمد328/2).

5- هو: عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزي، أبو الفرج، البصري، القرشي، الحنبلي، علامة عصره في الفقه والتاريخ والحديث والأدب، اشتهر بالوعظ، من مؤلفاته: تلبيس إبليس، الضعفاء والمتروكين، زاد المسير في علم التفسير، والموضوعات، توفي:597هـــ، ترجمته:(تذكرة الحفاظ1342/4).

6- مجموع الفتاوى: 229/20، 230.

ولعل إلكيا الهراسي في كتابه هذا كان قاسيا في مناقشته لتلك المفردات ، مما جعل ردة الفعل عليه عنيفة من الحنابلة، حيث رموه بالسفه، وهذا ما يظهر من خلال منظومة محمد بن علي المقدسي[1]، المسماة: "النظم المفيد الأحمد في مفردات الإمام أحمد "، حيث يقول :

واعلم بأن صحبنا قد صنفــوا	في المفـــــردات جمــلا وألفـــوا
لكنهم لم يقصدوا هذا النمط	بل قصدوا الرد على إلكيا فقــط
فإنه أعني كيا قد صنــــــفا	في مفـــــردات أحمــد مصنــفا
وقصــــــد الرد عليه فيــــها	وكـــــان فيما قــد عنــا سفيها
غـــــالب ما قال بأنه انفـــرد	فـــــإنه ســــهو ووهم فليرد
لأنه لم يعتـــبر بالأشهــــــــر	ولا خلاف مــــــالك في النظر
وإنمـــــــا يقصد فيما ألــفا	إذا رأى قـــــولا ولو مزيفــــا
لأحمد قد خـــالف النعمـــانا	والشــــافعي نصب البرهـــانا
فصح الأصحاب ما قد صحا	منـــها وماكـــــان إليه ينحى[2]

ومن أشهر من صنف في مفردات الحنابلة :

1/ أبو الوفاء بن عقيل، معاصر إلكيا الهراسي.

2/ أبو الحسن الزاغوني[3]، ألف كتاب "المفردات" وهو مائة مسألة .

1- هو: عز الدين علي بن عبد الرحمن بن محمد المقدسي الحنبلي، تولى القضاء، له مصنفات مفيدة منها: نظمه المعروف في المفردات، توفي: 820هـــ، ترجمته: (الضوء اللامع 187/8).

2- مفردات المذهب المالكي 74/1.

3- هو: علي بن عبد الله بن نصر بن السري الزاغوني البغدادي، من تصانيفه: الإقناع، والمفردات وغيرهما، توفي:527هـــ، ترجمته: (المنهج الأحمد 277/2).

3/ عبد الوهاب بن عبد الواحد بن محمد[1]، ألف "المفردات"[2].

4/ أبو يعلى الصغير، عماد الدين بن الفراء.

5/ أبو الفرج بن الجوزي .

6/محمد بن أحمد بن عبد الهادي[3]، ألف كتاب "الرد على إلكيا الهراسي".

7/ محمد بن علي بن عبد الرحمان العمري، ألف منظومته المسماة "النظم المفيد الأحمد في مفردات الإمام أحمد" شرحها الشيخ منصور البهوتي[4]في كتاب أسماه " المنح الشافيات شرح مفردات الإمام أحمد".[5]

ومما سلف ذكره يتبين أن تأليف الحنابلة في مفردات أحمد كانت ردة فعل على كتاب إلكيا الهراسي، كما يظهر لي أنها من جهة أخرى تهدف إلى النهوض بمذهب الإمام أحمد، وإثبات استقلاله عن المذاهب الثلاثة الأخرى، وهو ما يتضمن رداً على ابن جرير الطبري الذي لم يعد مذهب أحمد من المذاهب الفقهية، وكذا على من تابعه من المالكية الأندلسيين وغيرهم.

أما عن التأليف في مفردات المذاهب الثلاثة -غير الحنابلة- فلم تكن عند المتقدمين كما كانت عند الحنابلة، وهذا لانتفاء الدواعي التي حدت بالحنابلة إلى التأليف في مفردات أحمد .

1- هو: عبد الوهاب بن عبد الواحد بن محمد بن علي، الشيرازي، ثم الدمشقي، المعروف بابن الحنبلي، من مؤلفاته: المنتخب في الفقه في مجلدين، والمفردات وغيرهما، توفي: 636هـــ، ترجمته: (المنهج الأحمد 280/2).

2- حققت مسائل الطهارة منه في رسالة دكتوراه، إعداد: إبراهيم العجلان، إشراف: د.عبد الله الرشيد، نوقشت 1415هـــ، بجامعة الإمام محمد بن سعود بالمدينة المنورة. وحقق قسم فقه الأسرة، حققه: أحمد الظفيري، إشراف: د.عبد الله الرشيد، رسالة ماجستير، نوقشت 1414هـــ، بالجامعة آنفة الذكر.

3- هو: محمد بن أحمد بن عبد الهادي بن عبد الحميد المقدسي، الدمشقي، حافظ، من كبار الحنابلة، أخذ عن ابن تيمية والذهبي، مؤلفاته أكثر من السبعين كتابا منها: قواعد أصول الفقه، والأحكام في الفقه الحنبلي... توفي: 744هـــ، ترجمته: (الدرر الكامنة 438/1، الأعلام:326/5).

4- هو: منصور بن يونس بن إدريس البهوتي نسبة إلى بهوت (غربي مصر)، فقيه حنبلي، من مؤلفاته: شرح منتهى الإرادات، المنح الشافيات، توفي: 1051هـــ، ترجمته:(الأعلام: 307/7).

5- المنح الشافيات 18/1، 19، مفردات المذهب المالكي 75/1.

المطلب الثاني:التأليف في المفردات عند المعاصرين.

أما في عصرنا فقد ظهر التأليف في مفردات المذاهب على شكل رسائل جامعية في مختلف جامعات العالم الإسلامي، وسأذكر طرفا مما وقفت على عناوينه مرتبة على حسب الترتيب الزمني لظهورالمذاهب[1]:

أولا:- المذهب الحنفي :

1. مفردات المذهب الحنفي – من أول باب صلاة اليدين إلى آخر كتاب الصيام – دراسة فقهية مقارنة ،إعداد: محمد درويش سلامة، بتاريخ 1427 هـــ.
2. مفردات المذهب الحنفي في الحج -دراسة فقهية مقارنة-، رسالة دكتوراه، إعداد: باسم عمر قاضي، بتاريخ 1427 هـــ.
3. مفردات المذهب الحنفي عقد النكاح وآثاره - رسالة ماجستير – إعداد : حنان بنت عيسى الحازمي بتاريخ 1427 هـــ.
4. مفردات المذهب الحنفي في فرق النكاح - رسالة ماجستير- إعداد : أمينة بنت مسعد الحربي بتاريخ 1422 هـــ .
5. مفردات المذهب الحنفي في الجنايات والديات. إعداد:عبد المتين الشهيدي.بتاريخ 1425 هــ

وكل هذه الرسائل بجامعة أم القرى بمكة المكرمة .

6. مفردات المذهب الحنفي في فرق النكاح وأثرها، رسالة دكتوراه، إعداد: ماسي عبد القادر حسن، إشراف د.سليمان أبا الخيل. بجامعة محمد بن سعود بالمدينة المنورة، نوقشت في 2007م .

1- ملتقى المذاهب الفقهية: http://www.mmf-4/vb/t2626.html

ملتقى أهل الحديثhttp://www.ahlalhadith.com/vb/showthread.php?t=91043

تاريخ الدخول: 2010/03/20.

ثانيا: المذهب المالكي:

1. مفردات المذهب المالكي في العبادات –دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه، إعداد: عبد المجيد الصلاحين، نوقشت بجامعة أم القرى ، مكة 1410 هـــ، وقد طبعت سنة 2005م في مجلدين، ووقفت عليها واستفدت منها.
2. مفردات المذهب المالكي : دراسة مقارنة مع المذاهب الثلاثة في الجنايات والحدود والتعازير، رسالة دكتوراه، إعداد: حسن محمد الأمين، سجلت بأم القرى سنة 1409م.
3. مفردات المذهب المالكي في المعاملات المالية: دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، إعداد: شمس الدين محمد حامد التكينة، نوقشت بجامعة أم القرى، 1416 هـــ.

ثالثا : المذهب الشافعي .

1. مفردات مذهب الإمام الشافعي في الصلاة، إعداد محمد شاهر كبها، بالجامعة الأردنية 2004/2003 م.
2. مفردات المذهب الشافعي في الزكاة والصوم إعداد: جمال شاكر يوسف عبد الله، بالجامعة الأردنية 2004/2003م.
3. مفردات الشافعي في النكاح والطلاق، رسالة ماجستير، إعداد صالح بن عبد الله اللحيدان، جامعة محمد بن سعود الإسلامية. نوقشت 1410هـــ.
4. مفردات الإمام الشافعي في المعاملات، رسالة ماجستير، إعداد: علي بن عبد العزيز السديس. جامعة محمد بن سعود الإسلامية بالمدينة المنورة .
5. مفردات الإمام الشافعي في الحدود والجنايات والأقضية، – رسالة ماجستير– سليمان بن عبد الله اللحيدان.نوقشت 1409هـــ بالمعهد العالي للقضاء.

رابعا : المذهب الحنبلي .

1. مفردات الإمام أحمد في المعاملات، رسالة ماجستير، إعداد: عبد الله بن حمود الفراج.نوقشت 1406هـــ بالمعهد العالي للقضاء بالمملكة العربية السعودية.

الفصل الأول: تفردات المالكية في الخطبة والولاية والإشهاد.

تمهيد

المبحث الأول: حكم النكاح المترتب عن الخطبة على الخطبة.

المبحث الثاني: حكم هدايا الخطبة حال فسخها.

المبحث الثالث: ذات الوليين.

المبحث الرابع: الأولى بالولاية على المرأة: الأخ أم الجد.

المبحث الخامس: مدى اعتبار النسب في الكفاءة.

المبحث السادس: حكم ولاية الإجبار على البنت البالغة التي زالت بكارتها بزنا.

المبحث السابع: وقت الإشهاد على النكاح.

المبحث الثامن: حكم النكاح إذا شهد الشاهدان وتواصوا بالكتمان.

تمهيد

عقد الزواج في الإسلام عقد له أهميته وخطره، ويكفي أنه عقد لمدى الحياة يتعلق بالإنسان في أدق خصائصه، ومن أجل ذلك شرع له الإسلام مقدمات يتمكن المرء من خلالها من التثبت والتروي حتى يقدم على بصيرة، ولا يتعجل أمرا كانت له فيه أناة، وتتمثل هذه المقدمات في الخطبة.

وكما أن الشرع جعل لعقد الزواج مقدمات لها من الفوائد ما ذكرت، فقد جعل له مقومات ، وأقصد بالمقومات الأركان والشروط، وهي أمور لا بد من توافرها لإنشاء هذا العقد، ومن بينها الولي والشهود؛ فالولي يساعد موليته على حسن اختيارها لشريكها؛ لأن الرجال أخبر بأحوال بعضهم من النساء، كما أنه بالشهود يتميز النكاح عن السفاح، وبهم تحفظ الحقوق لأهلها وتصان.

ولقد اندرجت تحت الخطبة والولي والشهود مسائل عديدة جعلت كلا منها يشكل مبحثا مهما في الفقه الإسلامي، تترتب عليه أحكام ذات بال، مثل فسخ النكاح عند الإخلال بذلك؛ مما يوجب على الناظر في الفقه الإسلامي أن يتلمس أرجح الآراء وأصلحها.

ولقد جمعت المسائل التي انفرد بها السادة المالكية في هذا الفصل فألفيتها ثماني مسائل، ومن خلال معالجتها يتضح مدى أهمية اجتهادات فقهاء المالكية، وعنايتهم بمقاصد الشريعة، وبراعتهم في الاستدلال بالمعقول.

المبحث الأول: حكم النكاح المترتب عن الخطبة على الخطبة:

ورد النهي عن خطبة الرجل على خطبة أخيه في قول النبيﷺ:"لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك"[1].

واتفقت المذاهب الفقهية على أنه إذا خطب الرجل العدل المرأة، وركنت إليه أو وليها، ووقع الرضا؛ لم يجز لأحد حينئذ الخطبة على خطبة من ركن إليه، ورضي به، واتفق عليه، وأن من فعل ذلك كان عاصيا إذا كان بالنهي عالما.

واختلفوا في فسخ نكاحه (الزوج الثاني) وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم :

المطلب الأول:مذهب المالكية ومستندهم:

اختلف المالكية في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال: [2].

القول الأول: يفسخ النكاح قبل البناء، ويثبت بعده، وبئس ما صنع، وهذا هو القول المشهور في المذهب.

واختلف في الفسخ قبل البناء :هل هو على سبيل الوجوب ،أو على سبيل الندب ؛فشهّر ابن عبد البر[3] استحباب الفسخ، وشهّر غيره وجوب الفسخ.

1- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب لا يخطب على خطبة أخيه حتى ينكح أو يدع. رقم 5144، 462/6.

2- الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني في الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار: أبو عمر بن عبد البر، توثيق وتخريج: د.عبد المعطي قلعجي .مكتبة الرسالة الحديثة، المملكة الأردنية الهاشمية، ط1،1988 ، 08/16 فما بعدها.

-المنتقى: أبو الوليد الباجي . دار الكتاب الإسلامي ،القاهرة،مصر، ط2، (د،ت) ،264/3، 265.

-عيون المجالس: اختصار القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: أمباي بن كيباكاه . مكتبة الرشد، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ط1، 1421هـ، 2000م، 1102/3.

-شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل، وبهامشه حاشية الشيخ العدودي. دار صادر ، بيروت لبنان (د،ت) مج 2/ج168/3.

-الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: أبوعمر بن عبد البر. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1992، (ص230) .

3- هو: أبو عمر، يوسف بن عبد البر، النمري نسبا، القرطبي موطنا، المالكي مذهبا، ولد (368هـ)، وتوفي بشاطبة (463هـ)، له تآليف مشهورة ذائعة نافعة، منها: التمهيد، الاستذكار ، الكافي، بهجة المجالس .ترجمته (الديباج المذهب 440، شجرة النورالزكية 176/1).

القول الثاني: وروي أنه يفسخ على كل حال؛ قبل الدخول وبعده، وهو رأي ابن نافع [1] في رواية ابن حبيب[2] عنه، والقاضي عبد الوهاب البغدادي [3].

القول الثالث: وروي أن لا يفسخ أصلا؛ وإن كان عاصيا بفعله، وهو رأي ابن القاسم[4] وابن الماجشون[5]،وصححه القاضي ابن العربي[6].

و لم أعثر على دليل في التفريق بين الدخول وعدمه، ولكن يفهم هذا التفريق في إطار النظر إلى المصلحة والمفسدة، والموازنة بين المفاسد بتحمل أخفها.

ففي حالة عدم الدخول يرجح جانب الفسخ، لأن مفسدة التنازع والتباغض بين الخاطبين قائمة، في حين لا يترتب أي مفسدة على فسخ عقد الخاطب الثاني.

أما في حالة الدخول فيرجح جانب الإمضاء؛ لمرجوحية مفسدة التنازع والتباغض بين الخاطبين؛ إذ أن المفسدة الناجمة عن فسخ العقد بعد الدخول أعظم وأرجح باعتبار الآثار الكثيرة

1-هو: عبد الله بن نافع الأصغر، مدني، من ذرية الزبير بن العوام،سمع من مالك وغيره، ثقة صدوق ،خرج له مسلم ،توفي(216هـــ) ترجمته :(الديباج المذهب213، سير أعلام النبلاء 374/10، طبقات الفقهاء 148).

2- هو: عبد الملك بن حبيب بن سليمان السلمي، أصله من طليطلة، سمع ابن الماجشون ومطرف وغيرهما، له كتب أشهرها: الواضحة، الجامع، وفضائل الصحابة، توفي(238هـــ) وقيل (239هـــ) وقيل (237هـــ) ترجمته :(الديباج المذهب 252)

3- الإشراف على نكت مسائل الخلاف: القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق :الحبيب بن طاهر . دار ابن حزم،ط1، 1420هـــ، 1999م ،707/2 .

4- هو: عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة، مولى زيد بن الحارث، العتقي المصري، أخذ من مالك ،ولازمه عشرين سنة لم يخلط به غيره إلا في الشيء اليسير، خرج عنه البخاري في صحيحه، توفي بمصر (191ه) ترجمته: (الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء 94،الديباج 239،
شجرة النور 88/1).

5- هو: عبد الملك بن عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة الماجشون، أبو مروان، كان فقيها فصيحا، دارت عليه الفتوى بالمدينة إلى أن مات، تفقه بأبيه وبمالك وغيرهما، توفي(212هـــ) وقيل (213هـــ) وقيل (214هـــ). ترجمته: (الانتقاء 104، الديباج 251، شجرة النور 85/1).

6- عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي:أبو بكر بن العربي.دار الكتاب العربي،(د،ط)(د،ت) 72/5. وهو: أبو بكر، محمد بن عبد الله، المعافري، الإشبيلي، له رحلة إلى المشرق أخذ من خلالها عن كبار العلماء، ولي القضاء ببلده ونفع الله به، له مؤلفات مشهورة، منها: عارضة الأحوذي، أحكام القرآن، المسالك شرح الموطأ، القبس شرح الموطأ...)توفي (543ه) ودفن بفاس بالمغرب . ترجمته: (الديباج 376، شجرة النور 199/1.)

المترتبة على الدخول بالمرأة؛ فلا يمكن تحمل مفسدة أعظم لأجل مفسدة أخف، أو التفريط في مصلحة أعظم لأجل الحفاظ على مصلحة أقل .[1]

المطلب الثاني: مذهب الجمهور ومستندهم:

ذهب الحنفية[2] والشافعية[3]،والحنابلة في الصحيح من مذهبهم[4]،إلى أن نكاح الثاني صحيح لا يفسخ، وإن كان عاصيا ومرتكبا لمحرم.

واستدلوا بأن النهي الوارد في الحديث لا يتعلق بالعقد، وإنما يتعلق بالخطبة،والخطبة غير مقارنة للعقد؛فلم يؤثر النهي على العقد، ولأن النكاح حادث بعد الخطبة، والفساد لا يكون إلا بالعقد لا بشيء تقدمه وإن كان سببا له؛ لأن الأسباب غير الحوادث.[5]

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح:

يتبين أن محل الخلاف بين المالكية والجمهور هو في حالة ما قبل الدخول؛ حيث اختلفوا في فسخ النكاح أو إمضائه.

والأقرب إلى تحقيق مقاصد الشرع، والأحوط في جانب الحفاظ على كرامة المسلم أن تكون له حرمته التي يحفظها له الشرع في مقابل أي عدوان يتجه إليها.

1-محاضرات في الفقه المقارن في الأحوال الشخصية: أ.د مسعود فلوسي، السنة الجامعية 2006-2007 ص106.

2-مختصر الطحاوي:أبو جعفر الطحاوي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني. نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية ،حيدر آباء ،الهند، (د،ط)(د،ت) .

3-الأم: (موسوعة الإمام الشافعي): محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد حسون. دار قتيبة، بيروت ، لبنان،ط2، 2003، مج 5/ج 10/ص130. الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن الماوردي، تحقيق وتعليق: علي معوض، عادل عبد الموجود . دار الكتب العلمية ، بيروت،لبنان،ط1 ،1994، 253/9.

4-المغني: موفق الدين بن قدامة. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان،(د،ط) ،1972 ، 523/7. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علاء الدين المرداوي. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،(د،ط)، (د،ت)، 35/8.

5-الأم 130/10، كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور البهوتي، مراجعة: هلال مصيلحي.دار الفكر، بيروت ،لبنان ، (د،ط)،1982، 19/5.

وعلى ذلك يتوجه رأي المالكية؛ لأن القول بإمضاء العقد سيكون سببا إلى تعدي الناس على بعضهم، خاصة في عصرنا الذي قل فيه الوازع الديني، وكثرت فيه تقاليد الرياء والتنافس على الشهوات، فإذا علم الخاطب الثاني بجزائه، لم يقدم على ذلك، وإن لم يعلم حلت الشناعة والخزي على المرأة وأهلها، واتهموا بالجشع والطمع وعدم الوفاء بالعهد،خاصة إذا كان الثاني غنيا أو صاحب وجاهة [1].

1-محاضرات في الفقه المقارن،فلوسي.ص106.

المبحث الثاني:حكم هدايا الخطبة حالة فسخها:

جرت عادة الناس أن يتبادل المخطوبان هدايا قبل العقد؛ طلبا للألفة والمودة، وهذا لا حرج فيه، لكن قد يحدث لأحدهما الإعراض عن إتمام الزواج لأمر من الأمور، وعندئذ يطرح السؤال، ما مصير وحكم هذه الهدايا؟

اختلف الفقهاء في حكم استرداد الهدايا، وفيما يلي تفصيل مذاهبهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية ومستندهم:

ذهب المالكية – في القول المفتى به عندهم[1]– إلى التفصيل:

فإن كان العدول من جهة الخاطب ؛فلا يرجع بشيء مما أهدى،ولو كان موجودا عند عدوله، وإن كان العدول من جهة المخطوبة؛ استرد الخاطب الهدايا إن كانت أعيانها قائمة، أو قيمتها عند القبض إن كانت هالكة أو مستهلكة، وهذا إن لم يكن هناك عرف أو شرط، وإلا فالشرط ألزم، والعرف محكم، وهذا القول صححه ابن غازي[2]، وبه أجاب صاحب المعيار لما سئل.

كما ذكروا أن أصل المذهب هو أن الزوج لا يرجع بشيء مما أهداه على أية حال.

1-مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:أبو عبد الله المغربي (الحطاب)، تحقيق: زكريا عميرات. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1 ،1416،1995، 51/5، منح الجليل على مختصر العلامة خليل: محمد عليش. دار صادر،بيروت ،لبنان، (د،ط) (د،ت) 10/2.، الشرح الكبير: الدردير، مع حاشية الدسوقي.دار الفكر، بيروت ،لبنان، (د،ط) (د،ت) ، 219/2.
الفقه المالكي في ثوبه الجديد: محمد الشقفة.دار القلم، دمشق،سوريا.ط2، 1422،2001 ،63/3.

2- هو: محمد بن أحمد بن محمد بن علي بن غازي العثماني، المكناسي، الفاسي، مقرىء ،محدث،مؤرخ، فقيه،فرضي، مفسرو خطيب مفوه، من تآليفه : شفاء الغليل في حل مقفل مختصر خليل"، وإنشاد الشريد في طوال القصيد في القراءات" توفي (919هــ) ترجمته:(شجرة النور 398/1، معجم تراجم الفقهاء 255).

وقال الدردير[1] :والأوجه الرجوع عليها، كما رجحه البناني[2].

وعلل القائلون بالتفصيل بالآتي:

بأنه لا ينبغي أن نضيف إلى ألم الرجل – حينما رفضت المخطوبة الخطبة – حرمانه مما قدمه من هدايا؛ طمعا في الاقتران بهذه المرأة في المستقبل، هذا إن كان العدول من جهتها.

كما أنه لا ينبغي أن نلزم المرأة برد ما أخذته من هدايا، إذا عدل الرجل عن خطبتها، وحسبها ما تعانيه من ألم بسبب رجوعه عن خطبتها، وهذا التفصيل هو الذي يحقق العدالة [3].

المطلب الثاني: مذهب الحنفية:

ألحق الحنفية هدايا الخطبة بالهبة[4]؛ ويجوز عندهم للواهب أن يرجع في هبته، إلا إذا وجد مانع من موانع الرجوع بالهبة، كهلاك الشيء، أو استهلاكه، فإن كان ما أهداه الخاطب موجودا فله استرداده، وإن كان قد هلك أو استهلك أو حدث فيه تغيير، كأن ضاع الخاتم، وأكل الطعام، وصنع القماش، فلا يحق للخاطب استرداد ذلك.

1-الدردير: أبو البركات،أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، فاضل من فقهاء المالكية، ولد بمصر، وتعلم بالأزهر، وكان من كبار الصوفية في عصره، من مؤلفاته:"أقرب المسالك إلى مذهب مالك، شرح القدير في شرح مختصر خليل"، توفي (1201ه) .ترجمته : (شجرة النور 516/1، معجم تراجم الفقهاء 112).

2- هو:محمد بن الحسن بن مسعود بن علي ، أبو عبد الله، فقيه منطقي، مشارك في بعض العلوم ،كان خطيبا بفاس، من تآليفه: "الفتح الرباني حاشية على شرح الزرقاني على خليل" وحاشية على شرح السنوسي، وشرح على السلم كلاهما في المنطق، توفي (1194ه) ، ترجمته: (شجرة النور 514/1، معجم تراجم الفقهاء 52).

3- أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية:عبد العظيم شرف الدين.الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر، 2004، ص50. الفقه المقارن للأحوال الشخصية: بدران أبو العينين.دار النهضة العربية، بيروت ،لبنان،(د،ط) (د،ت)، ص33.

4-بدائع الصنائع : 296/2. رد المحتار على الدر المختار وشرح تنوير الأبصار: ابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود ،علي معوض، تقديم: محمد إسماعيل.دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان ،1415،1994، 305/4.

المطلب الثالث: مذهب الشافعية والحنابلة و أدلتهم:

ذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] إلى أنه لا ترد هدايا الخطبة مطلقا، سواء أكانت قائمة أم هالكة، وسواء أكان العدول من الخاطب أم من المخطوبة، وهذا تتزيلا لها على حكم الهبة.

قال الخرقي[3]:"لا يحل لواهب أن يرجع في هبته، ولا لمهد أن يرجع في هبته وإن لم يثب عليها"[4].

واستدلوا لذلك بجملة من الأحاديث منها:

1. قوله ﷺ:"العائد في هبته كالعائد في قيئه"[5]، وفي لفظ"كالكلب يعود في قيئه"[6].
2. وكذلك قوله ﷺ :" لا ينبغي لأحد أن يعطي عطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده"[7]

فهذه الأحاديث تدل على المنع من الرجوع في الهبة مهما حصل، إلا الوالد.

1-الحاوي 546/7 فما بعدها، .تكملة المجموع شرح المهذب. دار الفكر، (د،ط) ،(د،ت)، 381/15 فما بعدها.

2-المغني 295/6، 296. الإنصاف 145/7. مجموع فتاوى ابن تيمية،جمع وترتيب:عبد الرحمن بن قاسم .مكتبة المعارف،الرباط،المغرب،(د،ط)،(د،ت)، 10/32.

3-هو: عمر بن الحسين بن عبد الله، أبو القاسم، الخرقي، البغدادي، من كبار فقهاء الحنابلة، رحل عن بغداد لما ظهر بها سب الصحابة في دولة بني بويه، وترك كتبه فاحترقت إلا مختصره الذي شرحه ابن قدامة في المغني، وغيره، توفي (334هـ). ترجمته: (طبقات الحنابلة 75/2، معجم تراجم الفقهاء 102).

4-المغني 295/6.

5-أخرجه البخاري عن ابن عباس: كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته برقم : 2621، 197/6.
ومسلم عن ابن عباس: كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل، رقم 4150، 11/ 67.

6- أخرجه:البخاري عن عمر بن الخطاب: كتاب الهبة، باب لا يحل لأحد أن يرجع في هبته وصدقته برقم 2623، 198/6. ومسلم عن عمر، كتاب الهبات، باب كراهة شراء الإنسان ما تصدق به ممن تصدق عليه رقم 4139، 64/11.

7- أخرجه: البيهقي عن ابن عمر وابن عباس:كتاب الهبات، باب رجوع الوالد فيما وهب من ولده 179/6.

المطلب الرابع:المناقشة والترجيح:

رجح الدكتور وهبة الزحيلي[1]رأي الشافعية والحنابلة، من أن المرأة تستحق كل ما أعطيته، مستدلا بحديث "أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء أو عدة قبل عصمة النكاح فهو لها، وماكان بعد عصمة النكاح فهو لمن أعطيه"[2].

لكن في هذا نظر؛ حيث إن الحديث يدل على أن المرأة تستحق ما أعطيته إذا تم النكاح، وهذا لا خلاف فيه، أما إذا لم يتم النكاح وفسخ، فإن الحديث لم يتعرض له، وعليه فالحديث خارج عن محل التراع.

ومما سبق يتبين رجحان قول المالكية بالتفصيل في المسألة. وهو ما رجحه بعض الباحثين[3].

1- الفقه الإسلامي وأدلته: د.وهبة الزحيلي. دار الفكر، دمشق، سورية،ط3 ،1409هـ، 1984م، 27/7.

2- أخرجه أحمد في المسند عن ابن عمر برقم 6709، 313/11. وأبو داوود :كتاب النكاح، باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا، برقم 2129 ،647/1. والنسائي:كتاب النكاح، باب التزويج على نواة من ذهب، برقم 5483، 218/5 .وابن ماجة :كتاب النكاح، باب الشرط في النكاح، برقم 1955، 465/2.

3- أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب: سالم الرافعي. دار ابن حزم، بيروت، لبنان ،ط1،1423هـ، 2002م، ص223. أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة: محمد شلبي . دار النهضة العربية ،بيروت ، لبنان ، ط2،1397هـ، 1977م، ص67.

المبحث الثالث: ذات الوليين:

إن كان للمرأة وليان فأذنت لكل واحد منهما في تزويجها؛ فزوجها كل واحد منهما من رجل كفء؛فصارت بذلك وكأنها ذات زوجين، وعلم السابق منهما.

اختلف الفقهاء فيمن يصح زواجه ومن يبطل من الزوجين. وهاهي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى أن الأول أحق بها إن عرف، مالم يدخل بها الثاني، فإن دخل بها الثاني كانت له وثبت عقده وانفسخ نكاح الأول[1].

واستدلوا لما ذهبوا إليه بالآتي:

1-**إجماع الصحابة**: احتج فقهاء المالكية لقولهم بأن عليه إجماع الصحابة؛ حيث روي القول بمثله عن عمر وعلي والحسن بن علي ومعاوية ﷺ من غير مخالف، فكان إجماعا[2] وفيمايلي الآثار المروية عن الصحابة ﷺ :

-قضى عمر رضي الله عنه في الوليين ينكحان المرأة ولا يعلم أحدهما بصاحبه أنها للذي دخل بها، فإن لم يدخل بها أحدهما فهي للأول"، كما أثر قوله"إذا أنكح الوليان فالأول أحق مالم يدخل الثاني"[3]

-و روي أن موسى بن طلحة أنكح زيد بن معاوية أخته فاطمة بنت طلحة، وأنكحها يعقوب بن طلحة الحسن بن علي، فلم يمكث إلا ليلتين حتى جمعها الحسن رضي الله عنه،وكان موسى أنكحها لزيد قبل أن ينكحها يعقوب، فقال معاوية رضي الله عنه:امرأة جمعها زوجها فدعوها[4].

1- المدونةالكبرى: سحنون. دار صادر، مطبعة السعادة، مصر، (د،ط)، 1323 ه ،168/2، الذخيرة: شهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1 ،1994، 253/4، عيون المجالس:1065/3.

2-الإشراف 697/2 ، الذخيرة 253/4.

3- أورده القاضي عبد الوهاب في الإشراف، قال الألباني:"لم أقف عليه"، إرواء الغليل 254/6. وورد بمعناه عن عطاء ومعاوية في المصنف لعبد الرزاق، كتاب النكاح، باب نكاح الرجلين المرأة، والنصراني ابنته مسلمة، برقم 10632،10633. (232/6)

4-أخرجه عبد الرزاق: كتاب النكاح، باب: نكاح الرجلين المرأة، و النصراني ابنته مسلمة برقم 10636، 233/6.

فدل قضاء عمر ومعاوية -رضي الله عنهما- على أن الداخل أحق بالمرأة، كما يفهم موافقة الحسن بن علي -رضي الله عنهما- من رضاه وسكوته عن قضاء معاوية ﷺ؛ لأن سكوت الصحابة محمول على التصريح كما قال أهل الأصول.

2-**المعقول**: واستدل المالكية لما ذهبوا إليه بالمعقول، فقالوا: بأن نكاح الثاني الداخل قد اتصل بعقدة القبض، والقبض هنا الدخول بالزوجة، فكان أحق بالمرأة من الأول[1].

ولأن الدخول تترتب عليه أحكام النكاح من وجوب المهر والعدة ولحوق النسب، وبذلك صار الداخل أولى، كما أن المتنازعين في الملك إذا انفرد أحدهما بتصرف ويد كان أولى؛ فكذلك الزوجان.

المطلب الثاني:مذهب الجمهور وأدلتهم:

ذهب الجمهور[2] من: الحنفية والشافعية والحنابلة إلى أن النكاح للأول منهما، سواء أدخل بها الثاني أم لا، وإن دخل بها الثاني فسخ نكاحه.

واستدلوا لمذهبهم بالآتي:

1- **من القرآن**: بقوله تعالى:﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ ...... ۞ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ ﴾ النساء: ٢٣ - ٢٤ .

فالمقصود بالمحصنات: ذوات الأزواج، فهو نص على تحريمها كالأم، فلم يجز أن تحل بالدخول كما لا يحل غيرها من المحرمات.

2- **من السنة**: قولهﷺ:" أيما امرأة زوجها وليان فهي للأول منهما"[3]

1-برنامج الشوارد :ابن عظوم الحفيد، تحقيق: رابح زرواتي، إشراف: إسماعيل يحي رضوان، رسالة ماجستير، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة ، 1998، 116/1، عدة البروق في جمع مافي المذهب من الجموع والفروق :أبو العباس الونشريسي ، تحقيق: حمزة أبي فارس. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1،1990م. 222،221

2-مختصر الطحاوي؟، الحاوي 121/9 ، تكملة المجموع 190/16، المغني 404/7.

3-أخرجه أحمد عن سمرة برقم 20208، 367/33. وأبو داود عن سمرة:كتاب النكاح، باب إذا أنكح الوليان، برقم 2088، 635/1، والترمذي عن سمرة: كتاب النكاح، باب ما جاء في الوليين يزوجان، وحسنه، برقم 1110، 403/2. والنسائي عن سمرة كتاب النكاح، في امرأة زوجها وليان، برقم 5376، 180/5،والحديث ضعفه الألباني، إرواء الغليل 254/6. وضعفه شعيب الأرنووط محقق المسند.

وكذا ما رواه الشافعي بإسناد رفعه لعقبة بن عامر، أن النبي ﷺ قال :"إذا أنكح الوليان فالأول أحق"[1]

فدل الحديثان صراحة على أن الزوج الأول أحق بالمرأة من الثاني، وعليه يقع نكاح الثاني باطلا، لأنه وقع على امرأة في عصمة زوج.

3- **قول الصحابة**: استدلوا بقضاء علي ﷺ فيما رواه أبو موسى الأشعري ﷺ: أن امرأة ذات وليين زوجها أحدهما لعبد الله بن الحسن الحنفي، وزوجها الآخر لعبيد الله بن الحسن الحنفي، فدخل بها عبيد الله، وهو الثاني، وتقاضيا إلى علي بن أبي طالب ﷺ فقضى بالنكاح للأول منهما، وهو عبد الله، وأبطل نكاح عبيد الله مع دخوله، وقال:قال رسول الله ﷺ :" إذا أنكح الوليان فالأول أحق"[2]

4-**المعقول**: استدلوا أيضا بالمعقول، فقاسوا دخول الثاني على الدخول بالمعتدة من الغير، و على دخول المرتد؛ فكما أن الدخول بالمعتدة من الغير لا يصير العقد صحيحا، فمن الأولى أن لا يصح عقد الثاني بالدخول[3].

كما استصحبوا الإجماع على محل الخلاف، وذلك أنهم قالوا بأن الإجماع منعقد إذا وكل رجل وكيلين في أن يزوجه كل واحد منهما امرأة، فزوجاه بأختين، أو وكل كل واحد منهما أن يزوجه بأربع نسوة؛ فزوجه كل واحد منهما أربعا، أن نكاح الأول منهما أصح من نكاح الثاني وإن اقترن بالثاني دخول؛ فكذلك وليا المرأة يجب أن يكون نكاح الأول منهما أصح وإن اقترن بالثاني دخول.

1- أخرجه عبد الرزاق: كتاب النكاح، باب نكاح الرجلين المرأة، والنصراني ابنته مسلمة، برقم 10630، 232/6.
والحاكم: كتاب النكاح، بلفظ (إذا نكح المجيزان فالأول أحق) 218/2.

2- سبق تخريجه في الهامش السابق.

3- الحاوي 121/9.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح:

الفرع الأول: مناقشة الجمهور لأدلة المالكية :

1- نوقش استدلال المالكية بقضاء عمر ﵁ بالآتي: [1]

أ-أنه لم يصححه أصحاب الحديث.

ب-كما أنه مخالف بقضاء علي ﵁ ،وهذا يبطل دعوى الإجماع، كما أنه لامزية لرأي عمر على رأي علي﵄.

ج-كما أنه على فرض صحته وثبوته؛ فهو مخالف لحديث النبي ﷺ السابق .

2-كما نوقش استدلالهم بقضاء معاوية ﵁ بأنه يجوز أن يكون معاوية ﵁ استنزل يزيد عن نكاحها واستأنف عقد الحسن ﵁ عليها. [2]

3-ونوقش استدلال المالكية بالمعقول؛ من كون القبض (الدخول) يثبت الأحقية بالمرأة، ويرتب أحكام النكاح؛بأنه لا معنى له،لأن النكاح يصح من غير قبض،كما أن دخول الثاني يأخذ أحكام الوطء بشبهة،ولا يأخذ أحكام النكاح الصحيح.

الفرع الثاني : مناقشة المالكية لأدلة الجمهور :

1-نوقش الاستدلال بحديث النبي ﷺ ؛بأنه محمول على عدم دخول الثاني[3]

أما في حالة دخول الثاني؛ فالحديث لم يتعرض له، وهذا جمعا بين الأدلة، وهو أولى من ترجيح أحدهما على الآخر.

2-أما الاستدلال بقضاء علي ﵁ ؛ فأجيب عنه بأنه غير صحيح، والصحيح عن علي هو ما وافق فيه عمر و معاوية -رضي الله عنهما- وبذلك لا يحتج بهذه الرواية.

وعلى فرض صحته فيحمل على أنه رجع إلى الرواية الأخرى، التي توافق قضاء عمر ومعاوية[4]

وبعد المناقشة: يتبين أن حديث سمرة عن النبيﷺ هو حديث عام، يمكن تخصيصه بقول الصحابة – عمر ومعاوية و الحسن ﵃؛ و بناء على ما سبق ذكره يحمل حديث النبي ﷺ على حالة عدم الدخول، وعليه يمكن ترجيح قول المالكية.

1- المغني 404/7.

2- الحاوي 123/9.

3- الذخيرة 253/4.

4- الإشراف 697/2.

المبحث الرابع:الأولى بإنكاح المرأة: الأخ أم الجد؟

إذا كان للمرأة أكثر من ولي تصح ولايته من غير الأولياء المجبرين؛ كمن كان لها أخ وجد، اختلف الفقهاء في من يقدم من هؤلاء، ومن يتولى عقد نكاحها منهما؟.

و في ما يلي آراؤهم في المسألة:

المطلب الأول: مذهب المالكية:

ذهب المالكية في المشهور[1] إلى أن الأخ مقدم على الجد في تولي نكاح المرأة، كما يروى قول ثان يوافق الجمهور؛ بأن الجد أولى[2].

وعلل المالكية أولوية الأخ عن الجد؛ بأن الجد يدلي بالأبوة، فيقول: أنا أبو أبيه، والأخ يدلي بالبنوة، فيقول: أنا ابن أبيه، والبنوة مقدمة على الأبوة؛ حيث يحجب الابن الأب عن جملة المال إلى السدس[3]؛ ولهذا كان الأخ أقرب من الجد.

المطلب الثاني: مذهب الجمهور:

ذهب الحنفية[4]-في المعتمد- ،والشافعية[5]، والحنابلة في المعتمد[6] إلى أن الجد مقدم على الأخ في تولي نكاح المرأة.

1-المدونة 161/2، التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: أبو القاسم بن الجلاب، تحقيق: سيد حسن.دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ، ط1 1428 -2007، 2/ 363. عيون المجالس 1057/3. الذخيرة 246/4. الخرشي على خليل 180/2. منح الجليل 18/2. بداية المجتهد ونهاية المقتصد:ابن رشد الحفيد، تحقيق: عبد المجيد حلبي. دار المعرفة، بيروت ، لبنان، ط،1418، 1997. 48/3.

2- بداية المجتهد نفسه، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: ابن شاس، تحقيق: حميد لحمر. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان،ط1 ،1423-2003. 420/2

3-الذخيرة 246/4، الإشراف 695/2، عدة البروق 217.

4-بدائع الصنائع 250/2، البناية شرح الهداية: بدر الدين العيني، تحقيق: أيمن رمضان. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1، 1420هـ، 2000م، وعن أبي يوسف ومحمد: يشترك الجد مع الأخ كما في الميراث.

5-الحاوي 91/9.

6-المغني 347/7، الإنصاف 69/8، وعند الحنابلة قولان آخران: استواء الأخ والجد، وتقديم الأخ على الجد.

وحجتهم فيما ذهبوا إليه:

-أن للجد إيلادا وتعصيبا، كما أن في الجد بعضية ليست في الأخ فصار بها مشابها للأب.

-كما أن الجد له ولاية على المال والنكاح؛ فصار أقوى من الأخ الذي له ولاية على النكاح فقط، كما تتقوى ولاية الجد بأن الجد كانت له ولاية على الأب؛ فكان بعده أولى من الأخ الذي كان تحت ولاية الأب.

-وتتقوى ولاية الجد بأن الجد لا يسقط حقه في الميراث إلا بالأب، والأخ يسقط به وبالابن وابنه، والجد لا يقاد بابنة ابنه ،بخلاف الأخ فيقاد بأخته[1].

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح:

يفتقد كلا الفريقين إلى الأدلة النصية، ومبنى أقوالهم يدور حول إثبات الأقرب إلى المرأة ،هل هو الجد أم الأخ. وهو سبب الخلاف كما نص عليه ابن رشد[2].

ولكن الذي ينبغي ملاحظته هو أن الولاية مبناها على الأصلح، والأعرف بمصالح المرأة، وهذا ما قرره القرافي[3] في قاعدة جليلة بقوله:" إنما يقدم الشرع في كل ولاية من هو أقوم بمصالحها"[4].

والذي أراه هنا أن الجد في العادة هو الأكمل نظرا لمصلحة موليته، والأعرف بأحوال المجتمع، والأكثر تجربة وخبرة؛ فيكون بذلك أولى من الأخ، إلا إذا ثبت بأنه ناقص أهلية أو عديمها، فيتولى حينئذ الأخ نكاح أخته، وعلى هذا يترجح رأي الجمهور القائل بتقديم الجد على الأخ.

1-الحاوي 91/9، المغني 347/7.

2-بداية المجتهد 48/3.

3- هو: شهاب الدين أبو العباس أحمد بن أبي العلاء، إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي، المصري، انتهت إليه رئاسة الفقه على مذهب مالك ، له مؤلفاته نافعة منها: الفروق، الذخيرة، شرح المحصول،... توفي (684ه)، دفن بالقرافة .ترجمته:(الديباج 128، شجرة النور 270/1).

4-الذخيرة 246/4.

المبحث الخامس:مدى اعتبار النسب في الكفاءة:

ذهب جمهور الفقهاء –ومنهم المذاهب الأربعة[1]– إلى اشتراط الكفاءة في عقد النكاح، وهي شرط لزوم في الزواج لا شرط صحة فيه.

لكنهم اختلفوا في تفصيل خصال هذه الكفاءة، ومن بين الخصال المختلف في اشتراطها: النسب؛ حيث اختلف القائلون باشتراط الكفاءة، هل يعتبر النسب خصلة من خصال الكفاءة أم لا؟. وفيمايلي آراؤهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية[2]إلى أن النسب غير معتبر في الكفاءة، وليس خصلة من خصالها، وعليه فالموالي أكفاء للعربيات القرشيات وغير القرشيات.

وأدلتهم كمايلي:

1/من القرآن: قوله تعالى:﴿ وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ ﴾التوبة: ٧١، وقوله عزوجل: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ﴾الحجرات: ١٣.

وجه الاستدلال: رتبت الآيات التفاضل على أساس التقوى والعمل الصالح، لا على أساس النسب وغيره، فدل على أنه لا مدخل لاشتراط النسب في الكفاءة.

2/من السنة: استدلوا بجملة من الأحاديث:

أ–قولهﷺ:"إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض." [3]

1–إلا الكرخي من الحنفية فيرى عدم اشتراط الكفاءة أصلا. المبسوط :شمس الدين السرخسي.دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ،ط1، 1414هـ،1993م، 24/5.

2–عيون المجالس 1058/3، الذخيرة 214/4، بداية المجتهد 51/3، تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك: عبد العزيز مبارك الأحسائي، شرح: محمد الشيباني الشنقيطي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان،ط2، 1995، 52/3.

3–أخرجه الترمذي :كتاب النكاح، باب ماجاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، برقم 1085، 381/2، بلفظ: إذا جاءكم، ودون لفظ عريض. وابن ماجة: كتاب النكاح، باب الأكفاء ، برقم 1967، 473/2 بلفظ :"..خلقه ودينه.." ،والحديث حسنه الألباني في إرواء الغليل 266/6.

ب-قول النبي ﷺ لبني بياضة " يابني بياضة، أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه"[1]، وكان أبو هند[2] حجاما، وكان من موالي بني بياضة، ولم يكن من صليبتهم[3].

ج-وزوّج النبي ﷺ فاطمة بنت قيس الفهرية من أسامة بن زيد بن حارثة مولاه، ولم يزوجها من معاوية ولا من أبي جهم[4]، وكانا قد خطباها[5].

وزوج زينب بنت جحش القرشية من زيد مولاه، وزوج بلال بن رباح من هالة أخت عبد الرحمان ابن عوف، وزوج النبي ﷺ ابنته لعلي ﷺ، والفرق بين أبيها وأبيه معلوم ولا مكافىء له في الثقلين. [6]

وجه الاستدلال: فكل ما سبق ذكره مما ورد عن النبي ﷺ من قول أو فعل يدل جزما على أنه لا مدخل للنسب في الكفاءة.

3-**إجماع الصحابة**: تزوج سلمان الفارسي، وبلال الحبشي ، وصهيب الرومي، وغيرهم من الموالي والعجم العربيات العليات، كما تزوج عبد الله بن عمرو بن عثمان فاطمة بنت الحسين بن علي، وتزوج المصعب بن الزبير أختها سكينة بنت الحسين، وتزوجها أيضا عبد الله بن عثمان بن حكيم بن حزام، وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب ابنة عم رسول الله ﷺ، وزوج أبو بكر أخته أم فروة الأشعث بن قيس، فلما لم يعلم نكير على كل من ذكرنا صار إجماعا. [7]

1-أخرجه: أبو داود :كتاب النكاح، باب في الأكفاء، برقم2102، 639/1، والدار قطني كتاب النكاح ،برقم 204، 301/3. والحديث حسنه الألباني، صحيح أبي داود 588/1.

2-أبو هند، قيل اسمه:يسار، وقيل: سنان، وقيل سالم، وقيل: عبد الله، هو مولى فروة بن عمرو البياضي،شهد المشاهد إلا بدرا،ترجمته: (الاستيعاب 1762/4 ، أسد الغابة 322/6).

3- مدونة الفقه المالكي وأدلته: الصادق الغرياني، مؤسسة الريان ،بيروت، لبنان، ط1 ، 2002. 509/2.

4- هو: عبيد بن حذيفة بن غانم القرشي العدوي، من مسلمة الفتح، ممن بنى الكعبة في الجاهلية وفي عهد ابن الزبير، صحابي، علامة بالنسب:لا رواية له، قيل توفي أيام معاوية ترجمته:(سير أعلام النبلاء 556/2، أسد الغابة 57/6، الاستيعاب 1623/4).

5- أخرجه:مسلم :كتاب الطلاق، باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، برقم 3681، 334/10.

6- الذخيرة 215/4.

7-الذخيرة نفسه، أحكام القرآن : ابن العربي، تحقيق: علي البجاوي. دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط)، (د،ت) 1726/4.

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

ذهب الجمهور: من الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة على الصحيح[3]، إلى اعتبار النسب في الكفاءة، وعليه فإن الموالي والأعاجم ليسوا بأكفاء للعربيات، بل وذهب الشافعية في قول لهم إلى اعتبار غير القرشي لا يكافئ القرشية، واستدلوا لذلك بمايلي:

1- **من السنة**: استدلوا بجملة من الأحاديث:

أ-قوله ﷺ:"ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء، ولا يزوجن إلا من الأكفاء"[4]

ب-قوله ﷺ:" العرب بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة لقبيلة، ورجل برجل، والموالي بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، ورجل برجل، إلا حائك أو حجام"[5].

ج-قوله ﷺ:"تنكح المرأة لأربع: لمالها وحسبها..."[6].

د-قوله ﷺ :"إياكم وخضراء الدمن، قيل:وما خضراء الدمن؟، قال: ذلك مثل المرأة الحسناء من أصل خبيث." [7]

2-**أقوال الصحابة**: وذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه **"**لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، قال:فقلت، وما الأكفاء ؟، قال: في الأحساب"[8].

1-المبسوط 22/5-24، بدائع الصنائع 319/2.

2-الحاوي 102/9.

3-المغني 374/7 فما بعدها، ولهم رواية أخرى بأن المولى كفء للعربية، وبها أخذ ابن تيمية ،الإنصاف 110/8.

4-أخرجه البيهقي: كتاب النكاح، باب اعتبار الكفاءة ،133/7. والدار قطني: في باب المهر، 244/3. و الحديث في اسناده مبشر بن عبيد، قال الدارقطني: متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها، وضعفه الزيلعي في نصب الراية 248/3.

5-أخرجه: البيهقي: كتاب النكاح، باب اعتبار الصنعة في الكفاءة 164/7، وقال: هذا منقطع بين شجاع وابن جريج، وأخرجه من طرق أخرى، وضعفها كلها 135/7. وقال ابن حجر له طرق كلها ضعيفة شديدة الضعف، تلخيص الحبير 164/3. وحكم عليه الألباني بالوضع، للانقطاع المذكور، ولأن ابن جريح مدلس وقد عنعنه، إرواء الغليل 268/6.

6-أخرجه البخاري: عن أبي هريرة: كتاب النكاح، باب الأكفاء في الدين، برقم 5090 ،445/6. ومسلم عن أبي هريرة:كتاب الرضاع، باب استحباب نكاح ذات الدين، برقم 3620. 293/9.

7-أخرجه: القضاعي في مسند الشهاب، رقم 622، 96/2 عن أبي سعيد الخذوي، قال عنه الدار قطني: لا يصح من وجه، تلخيص الحبيبر 145/3. وقال الألباني: ضعيف جدا، السلسلة الضعيفة رقم 14، 1 /24.

8-أخرجه :الدار قطني: كتاب النكاح رقم 195، 298/3، بلفظ "لأمنعن تزوج ذواب الأحساب..."، وضعفه الألباني للانقطاع، ولجهالة عبد الله بن أبي داود، الإرواء 265/6.

وما أثر عن سلمان الفارسي ﷺ قوله:"إنكم معشر العرب لانتقدم في صلاتكم، ولاننكح نساءكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد ﷺ وجعله فيكم"[1]

فدلت كل الأحاديث والآثار على أن النسب معتبر في الكفاءة.

3-**واستدلوا بالعرف** فقالوا:

لأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي، ويرون ذلك نقصا وعارا، فإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف.

والكفاءة مازالت مطلوبة فيما بين العرب حتى في القتال، وبيانه في قصة الثلاثة الذين خرجوا يوم بدر للبراز: عتبة وشيبة والوليد، فخرج إليهم ثلاثة من فتيان الأنصار، فقالوا لهم: انتسبوا فانتسبوا، فقالوا: أبناء قوم كرام، ولكننا نريد أكفاءنا من قريش، فرجعوا إلى رسول الله ﷺ فأخبروه بذلك، فقال ﷺ: صدقوا، وأمر حمزة وعليا وعبيدة بن الحارث ﷺ بأن يخرجوا إليهم[2].

وجه الاستدلال: فلما لم ينكر عليهم طلب الكفاءة في القتال؛ ففي النكاح أولى[3]

المطلب الثالث:مناقشة الأدلة:

الفرع الأول: مناقشة أدلة المالكية: ناقش الجمهور أدلة المالكية بمايلي:

1-المراد من الآيات التي استدل بها المالكية هوأحكام الآخرة، فالتفاضل في الآخرة بالتقوى.

2- أما الآثار التي أسقطت مراعاة النسب في الكفاءة فهي محمولة على الندب، ولا تدل على أكثر من الدعوة إلى التواضع وترك طلب النسب، لا الإلزام. [4].

الفرع الثاني: مناقشة أدلة الجمهور: ويمكن مناقشة أدلة الجمهور بما يلي:

1-حديث " ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء....." حديث ضعيف، كما سبق في التخريج.

وعلى فرض التسليم بصحته؛ فلا يسلم الاحتجاج به، لكون الحنفية هم الذين استدلوا به وقد تركوا الاستدلال به في باب الولاية، فكيف يصح استدلالهم به في باب الكفاءة.

1- أخرجه البيهقي: بلفظ (نهانا رسول الله ص أن نتقدم أمامكم أو ننكح نساءكم) كتاب النكاح، باب اعتبار النسب في الكفاءة 134/7. قال عنه الألباني:' ويبدوا أن مداره على أبي إسحاق السبيعي،...أضف إلى ذلك أن أبا إسحاق السبيعي هذا موصوف بالتدليس أيضا، وهو قد رواه بالعنعنة في المصادر المتقدمة " الإرواء 279/6، 280.

2-أصل المبارزة أخرجه البخاري: كتاب المغازي باب قتل أبي جهل(البخاري مع الفتح)، 296/7 فمابعدها.

3-المبسوط 24/5.

4-المبسوط 24/5، فتح باب العناية بشرح النقاية: نور الدين القاري. دار الأرقم ،بيروت، لبنان،ط1، 1997، 43/2.

2-حديث" العرب بعضهم لبعض أكفاء..." ضعيف كما سبق عند تخريجه، وضعفه ابن الهمام[1]، وهو من الحنفية.

3-حديث "إياكم وخضراء الدمن..."حديث ضعيف، ضعفه الحفاظ، كما سبق في التخريج، ولذلك لا يصح الاستدلال به.

4-حديث"تنكح المرأة لأربع..." لا دلالة فيه على اعتبار النسب في الكفاءة، بل يدل على عدم اعتبارها؛ فالمقطع الأول من الحديث إخبار على أن المرغبات في المرأة هي حسبها، ومالها، وجمالها، ودينها، وهذا واقع، ثم المقطع الثاني من الحديث فيه توجيه إلى أن المعتبر هو الدين.
وهذا لقوله ﷺ:"فاظفر بذات الدين تربت يداك."

5-قول سلمان ﷺ، يحمل على أنه تواضع منه، كما ذكروا أن أبا حنيفة كان من الموالي فتواضع، فلم ير الموالي أكفاء للعرب، والثوري كان من العرب فتواضع ورأى أن الموالي أكفاء للعرب.

المطلب الرابع:سبب الخلاف والترجيح:

ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف هو اختلافهم في مفهوم قوله ﷺ "تنكح المرأة لدينها وجمالها ومالها وحسبها، فاظفر بذات الدين تربت يمينك" فمنهم من رأى أن الدين هو المعتبر فقط لقوله عليه الصلاة والسلام"فاظفر بذات الدين تربت يمينك"، ومنهم من رأى أن الحسب في ذلك هو بمعنى الدين"[2].

ولقد انتقد الدكتور بدران أبو العينين رأي اعتبار النسب في الكفاءة، واعتبره غير معقول، وأن التعليل غير مسلم، وفيه استعباد لأن أمر الكفاءة في النسب لم يثبت فيه نص من الكتاب والسنة[3].

وصرح الدكتور وهبة الزحيلي أن رأي الجمهور غير صحيح، والصحيح قول المالكية[4].وهو الرأي الذي أراه راجحا، بل صحيحا، لما مر من الأدلة والمناقشة.

1-شرح فتح القدير: الكمال بن الهمام . دار التراث العربي ،بيروت، لبنان، (د،ط)،(د،ت) ،188/3. وابن الهمام هو:محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد،كمال الدين، الشهير بابن الهمام، السيواسي (منطقة بتركيا) الأصل، ثم القاهري، حنفي المذهب، اشتهر بكتابه فتح القدير"، وكذلك "التحرير في أصول الفقه" توفي (861ه).ترجمته:(البدر الطالع 98/2، معجم تراجم 345).

2-بداية المجتهد،52/3.

3-الفقه المقارن للأحوال الشخصية:بدران أبو العينين ،166.

4-الفقه الإسلامي وأدلته، 244/7.

المبحث السادس:حكم ولاية الإجبار على البنت البالغة التي زالت بكارتها بزنا:

اختلف الفقهاء في ثبوت ولاية الإجبار على البنت البالغة التي زالت بكارتها بزنا، ولم يتكرر منها الزنا حتى صار لها عادة، وفيما يلي مذاهبهم و أدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية ومستندهم:

يرى المالكية في المشهور من المذهب[1]، أن البنت إذا أزيلت بكارتها بوطء حرام؛كما لو زنت، أوزني بها، أو اغتصبت فإن ولاية الإجبار لوليها المجبر باقية عليها.

ومستند هذا القول: أن المعنى الذي لأجله ارتفع إجبار الثيب بالنكاح هو أن الحياء الذي يكون في البكر والانقباض يزول عنها، وتصير من أهل الاختيار، وهذا لا يوجد في المزني بها ،لأن الحياء يغلب عليها أشد من غلبته على البكر لقبح ما ارتكبته، وللعار الذي لحقها لما زهد الناس فيها، فلم يرتفع الإجبار عنها.

ولأن البكارة يتعلق بها حجران،حجر في المال وإجبار التزويج، ثم ثبت أن ولاية المال لا تسقط عنها بهذا الفعل، فكذلك الإجبار[2].

أما إذا قصدت بالزنا رفع الإجبار عنها، فهو بذلك معاملة لها بنقيض مقصودها؛ بأن يبقى الإجبار مسلطا عليها[3].

ويروى في المذهب قولان آخران:

القول الأول: بأنها كالثيب ولا يملك الأب جبرها، وهو مروي عن محمد بن عبد الحكم[4].

1-الإشراف 688/2، عقد الجواهر 415/2، القوانين الفقهية:ابن جزي، تحقيق: محمد أمين الحفناوي. دار الكتب العلمية، بيروت لبنان،ط2، 1427هــ، 2006م. ص150. شرح الخرشي 176/3.

2-الإشراف نفسه.

3-إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: أحمد الونشريسي،تحقيق : الصادق الغرباني.دار ابن حزم، بيروت، لبنان،ط1، 2006، ص132.

4- محمد بن عبد الله بن عبد الحكم، أبو عبد الله، المصري، فقيه، مالكي، انتهت إليه الرياسة في العلم بمصر، سمع من أبيه وابن وهب وابن القاسم وغيرهم، له تآليف كثيرة في فنون العلم والرد على المخالفين، كلها حسان، توفي (268هــ) وقيل (269هــ) (ترجمته: الديباج 370، معجم تراجم 306.)

وقال ابن الجلاب [1] بمثل هذا القول [2].

والقول الثاني: أن لها حكم الثيب بالنكاح في عدم الإجبار؛ لوصول العلم إليها بما يراد لها من ذلك، ولمباشرتها أمور الوقاع ومقدماته، ولا فرق أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وأن لها حكم البكر في صفة الإذن، ويكون إذنها صماتها، لأنها تستحي أن تنطق بالرضا لما تراكم على وجهها من الحياء لإتيانها الفاحشة، وهو قول بين القولين. [3]

المطلب الثاني: مذهب الجمهور ومستندهم:

ذهب أبو يوسف ومحمد –صاحبا أبي حنيفة[4]– والشافعية[5]، والحنابلة على الصحيح[6]، إلى أن من زالت بكارتها بزنا هي بمثابة الثيب حقيقة وحكما، وعليه فيجب استنطاقها عند النكاح، ولا جبر عليها.

أما أبو حنفية فيرى أن من ذهبت بكارتها بزنا هي في حكم البكر؛والبكر البالغ عنده لا إجبار عليها، وإذنها صماتها؛ لأن علة الإجبار عنده هي الصغر[7] وبهذا يكون قول أبي حنيفة قولا متوسطا بين الرأي المشهور عن المالكية ورأي الجمهور، وهو القول الثالث عند المالكية كما سبق ذكره.

1- هو: عبيد الله بن الحسن، أبو القاسم بن الجلاب ، شيخ المالكية،تفقه بالأبهري، له كتاب التفريع مشهور، ومصنف كبير في مسائل الخلاف، توفي راجعا من الحج 378هـ،ترجمته:(سير أعلام النبلاء 384/16، الديباج 237، شجرة النور 137/1).

2- المنتقى 273/3، التفريع 362/1.

3- مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: أبو الحسن الرجراجي، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي، تقديم: د. علي لقم .دار ابن حزم ،بيروت ،لبنان،ط1، 2007 . 300/3.

4- المبسوط 7/5، البناية شرح الهداية 87/5.

5-الحاوي 68/9، تكملة المجموع 170/16، الوسيط في المذهب:أبوحامد الغزالي، تحقيق: أبي عمر الحسيني. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ، 2001م، 134/3.

6- المغني 388/7،الإنصاف 64/8، مجموع الفتاوى 18/32.

7- الاختيار لتعليل المختار: عبد الله الموصلي، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1، 1998م، 105/3.

واستدل الجمهور لقولهم:

بأن الثيب المعتبر نطقها والتي لا جبر عليها، هي الموطوءة في القبل، ولا فرق بين أن يكون الوطء حلالا أو حراما، لأن بكليهما تحصل الثيوبة.

ولأنه لو أوصي للأبكار لم تدخل، ولو اشترطها في التزويج أو الشراء بكرا فوجدها مصابة بالزنا ملك الفسخ.

كما يمكن قياسها وإلحاقها بالموطوءة بشبهة.

فإذا ثبت هذا؛ فهي داخلة في عموم قوله ﷺ:"الثيب تعرب عن نفسها"[1] وقوله ﷺ:"لا تنكح الأيم حتى تستأمر"[2]و قوله ﷺ:"ليس للولي مع الثيب أمر [3] " [4].

المطلب الثالث:مناقشة الأدلة:

ناقش الجمهور تعليل المالكية للإجبار بالحياء، بأنه غير صحيح؛ لأن الحياء أمر خفي لا يمكن اعتباره بنفسه، وإنما يعتبر بمظنته وهي البكارة.

ثم إن هذا التعليل يفضي إلى إبطال منطوق الحديث فيكون باطلا في نفسه[5].

كما أنه على فرض التسليم بصحة التعليل بالحياء والحشمة؛ فإن هذه الزانية لم تقدم على الزنا إلا لزوال الحياء وارتفاع الخفر؛ فصارت أجرأ على القول، وأخبر بالرجال من ذات الزوج[6].

1-أخرجه ابن ماجة :كتاب النكاح، باب استئمار البكر والثيب، برقم 1872، 423/2، وصححه الألباني ، صحيح ابن ماجة 127/2.

2-أخرجه البخاري :كتاب النكاح ، باب لا ينكح الأب وغيره البكر والثيب إلا برضاهما، برقم 5136، 460/6.
مسلم :كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح والبكر بالسكوت ،برقم 3458 ، 206/9.

3-أخرجه أبو داود :كتاب النكاح، باب في الثيب، برقم 2100، 638/1. النسائي: كتاب النكاح ،باب استئذان البكر في نفسها 5354، 172/5، وصححه الألباني، صحيح سنن أبي داود 587/1.

4-المغني 388/7، الحاوي 9/ 68، فتح الباري 193/9،194.

5-المغني نفسه.

6-الحاوي نفسه.

المطلب الرابع:سبب الخلاف والترجيح:

ويرجع سبب اختلافهم في ذلك إلى أن الحكم في قوله ﷺ"الثيب أحق بنفسها من وليها"[1]هل يتعلق بالثيوبة الشرعية أم بالثيوبة اللغوية[2].

فمن علق الحكم على الثيوبة الشرعية قال بثبوت ولاية الإجبار عليها، لأنها لم تتحقق بالزنا، وهم المالكية، ومن علق الحكم على الثيوبة اللغوية، فمن زنت تعتبر ثيبا ولا جبر عليها، وهو قول الجمهور.

كما ذكر في مناهج التحصيل سببا آخر للاختلاف، وهو اختلافهم في علة الإجبار: هل هي البكارة أم الحياء والحشمة؟

فمن اعتبر البكارة قال لا تجبر، ومن اعتبر الحياء قال تجبر[3].

وبعد النظر والتأمل يمكن ترجيح رأي الجمهور القائل بعدم الإجبار؛ وذلك لأن البنت البالغ التي زالت بكارتها بزنا لا تخرج عن إحدى الحالتين: إما ثيب وإما بكر.

ففي حالة اعتبارها ثيبا، فإنه لاجبر عليها؛ لاتفاق الفقهاء على أنه لا جبر على الثيب البالغ، وفي حالة اعتبارها بكرا، فإن الراجح من قولي العلماء أنه لاجبر على البكر البالغ، وهو ما رجحه جمع من العلماء[4].

فإذا ثبت أنه لا إجبار عليها، وأنه يجب استئمارها، فتبقى صفة إذنها: هل هو الصمت،كقول أبي حنيفة، أو النطق كما قال الصاحبان والشافعية والحنابلة.

والأقرب للصواب –والله أعلم- هو قول أبي حنيفة؛ بأن إذنها صماتها، لأنه لو اشترطنا نطقها لكنا قد ألزمناها فضيحة نفسها، وهتك عرضها، بل إذا اكتفي من البكر بالصمات لحيائها؛ فلأن يكتفى من هذه بالصمات بطريق الأولى، وهذا ما رجحه ابن القيم[5]-رحمه الله-.

1-أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، رقم: 3462، 3463. 209/9.

2-بداية المجتهد 42/3.

3-مناهج التحصيل 292/3،293.

4-منهم على سبيل المثال: ابن حجر (فتح الباري 191/9)، الشوكاني (نيل الأوطار 174/6) ، وعبد الكريم زيدان (المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم 449/6.)

5-جامع الفقه للإمام ابن القيم، جمع: يسري سيد محمد. دار الوفاء، المنصورة،مصر،ط1، 1421، 2000، 113/5.

المبحث السابع: وقت الإشهاد على النكاح:

اتفق أئمة المذاهب الأربعة على وجوب الإشهاد على النكاح، كما اتفقوا على أنه لو وقع الإشهاد عند العقد صح النكاح، و لم يخالف في ذلك أحد[1].

واختلفوا بعد ذلك في وقت وجوب الإشهاد، هل هو عند العقد أم عند الدخول؟ فإذا تأخر الإشهاد عن العقد وكان قبل الدخول، هل يكون النكاح صحيحا أم فاسدا؟ وفيمايلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية[2] –في المشهور من مذهبهم– إلى أن الإشهاد ليس شرطا في صحة عقد النكاح، فينعقد النكاح صحيحا دون شهادة، وإنما الإشهاد شرط في جواز الدخول بالزوجة؛ فالإشهاد واجب عند الدخول ،أما عند العقد فمستحب، وعليه فإذا حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمستحب، وإن تأخر إلى زمن الدخول فقد حصل الواجب ولا شيء في ذلك.

ويرى بعض المالكية – ومنهم ابن العربي[3]– أن الإشهاد غير مأمور به مطلقا، بل المطلوب هو الإظهار والإعلان؛ ليتميز من السر الذي هو الزنا.

واستدلوا على عدم وجوب الإشهاد عند العقد بمايلي:

1– **من السنة:** بما رواه البخاري عن أنس بن مالك ﷺ قال:"أقام النبيﷺ بين خيبر والمدينة ثلاثا يبنى عليه بصفية بنت حيي –رضي الله عنها– ، فدعوت المسلمين إلى وليمته فما كان فيها من

1–الإفصاح عن معاني الصحاح: ابن هبيرة، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد. دار الوطن، الرياض، السعودية، ط1، 1417ه، 115/2.

2–النوادر والزيادات على مافي المدونة من غيرها من الأمهات: ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1999، 565،566/4، المنتقى 312/3، الاستذكار 210/16 فما بعدها، عيون المجالس 1049/3، الذخيرة 398/4، عقد الجواهر 414/2، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 236/2.

جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره: فريد الجندي. دار الكتب العلمية، بيروت،لبنان،ط2، 1426، 2005، 196/2.

3 – عارضة الأحوذي 18/5.

خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع[1] فألقى فيها من التمر والأقط[2] والسمن، فقال المسلمون:إحدى أمهات المؤمنين، أو مما ملكت يمينه؟ فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطّأ لها خلفه، ومدّ الحجاب بينها وبين الناس" [3]

ووجه الاستدلال:أن الصحابة لما استدلوا على نكاح النبي ﷺ من صفية -رضي الله عنها- بالحجاب، دل ذلك على أنه لم يشهدهم على عقدها، ولو أشهدهم لما احتاجوا للاستدلال بالحجاب، فإذا ثبت هذا كان الإشهاد عند العقد غير واجب[4].

2- **قول الصحابة**: واستدلوا بأن ذلك مروي عن عدد من الصحابة منهم: عبد الله بن عمر، وعروة بن الزبير، وعبد الله بن الزبير، والحسن بن علي ﷺ [5].

3- **القياس**: كما احتجوا بجملة من الأقيسة ملخصها:

أ-قاسوا عقد النكاح على عقد البيع؛ حيث إن البيوع التي ذكر الله فيها الإشهاد عند العقد قد قامت الدلالة بأن ذلك ليس من فرائض البيوع؛ فالنكاح الذي لم يذكر الله فيه الإشهاد أحرى بأن لا يكون الإشهاد فيه من شروط فرائضه[6].

ب-أن هذا عقد لاستباحة البضع؛ فلم يفتقر إلى الشهادة كالرجعة وشراء الأمة، وهو عقد على منفعة فلم تكن مقارنة الشهادة شرطا في صحته كالإجارة[7].

1- الأنطاع: جمع النَّطْع، النَّطَعُ، النِّطْعُ، النِّطَعُ، بساط من الأديم. لسان العرب: مادة "نطع"، 661/3.

2- الأَقِطُ: والإِقْطُ، والأَقْطُ، والأُقْطُ، هو شيء يتخذ من اللبن؛ حيث يطبخ ثم يترك حتى يمصل. لسان العرب: مادة "أقط"، 76/1.

3- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب اتخاذ السراري، ومن أعتق جاريته ثم تزوجها برقم 5085، 443/6.

4- ، شرح صحيح البخاري: ابن بطال القرطبي، تحقيق: أبي تمام إبراهيم. مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط2، 2003م، 179/7.

5-المنتقى 312/3.

6- الاستذكار 214/16، المعونة على مذهب عالم المدينة: القاضي عبد الوهاب البغدادي ،تحقيق: محمد حسن الشافعي. دار الكتب العلمية ،بيروت-لبنان ط1،1418هـ، 1998م، 494/1 .

7-المنتقى 313/3، مسالك الدلالة في شرح مسائل الرسالة: أحمد بن صديق الغماري، ضبط: عبد الجليل عبد السلام.دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط2، 1427هـ ، 2006م، ص181

ج-القياس على الزوجة في عدم اشتراط حضورها عند العقد، لأن الزوجة مع كونها ركنا في العقد لم يشترط حضورها أثناء العقد[1].

د-أن المقصود من الإشهاد التوثق لسد ذريعة الاختلاف والإنكار، فحصل أنه من الشروط المتممة للعقد[2].

هذا جملة ما استدل به المالكية، وستأتي مزيد استدلالات عند مناقشتهم لأدلة الجمهور.

المطلب الثاني:مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب الجمهور من: الحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة في المشهور[5]، إلى أن الشهادة شرط في صحة العقد، فإذا وقع العقد دون إشهاد وقع فاسدا.

وأدلتهم في ذلك:

1-**من السنة**: ما روي عن النبي ﷺ أنه قال:" لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[6].

ووجه الاستدلال: أن النفي يحتمل أن يتوجه إلى نفي وقوع النكاح، أو نفي صحته، وبطل الأول بدليل المشاهدة، فيتبين أنه نفي صحة؛ فكان العقد فاسدا.

وما روي عن عائشة أن النبيﷺ قال:" لابد في النكاح من أربعة:الولي والزوج والشاهدان"[7].

1-المعونة 494/1.

2- بداية المجتهد 53/3.

3-شرح فتح القدير 110/3.

4-الحاوي57/9، التهذيب في فقه الشافعي: أبو الحسن البغوي، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط)، 1418هـ،1997م، 259/5،

5-المغني 339/7، والرواية الأخرى أن النكاح يصح دون شهود، مجموع الفتاوى 127/32.

6-أخرجه البيهقي:كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، 125/7، والدارقطني كتاب النكاح، رقم 21،22، 225/3،226، وصححه الألباني لشواهده في إرواء الغليل 261/6.

7-أخرجه الدارقطني: كتاب النكاح برقم 23، 215/3، وقال :أبو الخصيب مجهول، واسمه نافع بن ميسرة، وقال ابن حجر:" وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة: مجهول"، تلخيص الحبير 163/3.

2ـ قول الصحابة: مايروى عن ابن عباس ﷺ أنه قال:"البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"[1] وهو قول عمر وعلي -رضي الله عنهما- من الصحابة[2].

المطلب الثالث:مناقشة الأدلة:

الفرع الأول: مناقشة أدلة الجمهور: ناقش المالكية أدلة الجمهور بمايلي:

رد ابن العربي[3]-ومذهبه عدم وجوب الإشهاد-بأن الأحاديث الواردة بوجوب الإشهاد كلها ضعيفة، وبالتالي فلا يحتج بها، وعلى فرض صحتها فيقدم عليها حديث أنس[4].

أما الذين صححوا تلك الأحاديث، وعمدتها حديث "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، فقد ناقشوه من عدة وجوه ذكرها القرافي وهي:

" **أحدها:** أن النفي دائر بين القضاء والفتوى، ولم ينص على أحدهما، فهو مطلق فيهما، ونحن نحمله على القضاء، فلا يحكم حاكم بصحة نكاح إلا ببينة، أما الحل فثابت بدون بينة.

ثانيها: أنه دائر بين العقد والدخول، ونحن نحمله على الدخول، لأن اللفظ فيه حقيقة وفيما ذكروه مجاز، والحقيقة مقدمة على المجاز.

ثالثها: أنه ذكر في بعض الروايات "الصداق" مع عدم شرطيته في العقد بدليل التفويض؛ فكذلك الشهادة، قياسا عليه بطريق الأولى؛ لأن الصداق ركن داخل في الحقيقة، والبينة (الإشهاد) خارجة عن الحقيقة.

ورابعها: يحمل النفي على الكمال، وهو متفق عليه، ويؤيده ذكر الصداق، وهو معتبر في الكمال"[5].

1-أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب ماجاء لانكاح إلا ببينة ،برقم 1103، 396/2، والبيهقي: كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين 125/7، والحديث ضعفه الألباني في إرواء الغليل 261/6.

2- المغني 339/7.

3-عارضة الأحوذي 18/5.

4-إحكام الفصول: أبو الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد التركي . دار الغرب الإسلامي،ط1، 1407هـ، 1986م، 735/2.

5-الذخيرة 399/4.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة المالكية: كما ناقش الجمهور أدلة المالكية بمايلي:

1-ناقشوا استدلال المالكية بحديث أنس ﷺ، بأنه لا دلالة فيه لاحتمال أن الذين حضروا غير الذين ترددوا [1].

وعلى فرض التسليم بأن يكون الجميع ترددوا، فإن نكاح النبي ﷺ من غير ولي ولا شهود يعتبر من خصائصه؛ فلا يلحق به غيره[2].

كما أنه على فرض تسليمنا بعدم الخصوصية، وأنه ﷺ تزوج بدون شهود على العقد، فأين إشهاده قبل الدخول، والرواية تصرح بأنه دخل بها بعد الوليمة، ولم يعلم الصحابة بأنها زوجته إلا من إرخاء الحجاب، فإما أن تأخذوا بهذا وحده، وتمنعوا اشتراط الشهادة أصلا، وإما أن تأخذوا بالحديث وتوافقوا الشارطين، في كونها شرطا للعقد[3].

2-كما ناقشوا قياس عقد النكاح على سائر العقود بأنه قياس مع الفارق؛ لأن عقد النكاح يختلف عن سائر العقود؛ بدليل أنه تجاوز المتعاقدين إلى ثالث هو الولد الذي يلزم حفظ نسبه، فبذلك وجبت الشهادة عليه دون سائر العقود[4].

المطلب الرابع:سبب الخلاف والترجيح:

نص ابن رشد على سبب الخلاف بقوله:" وسبب اختلافهم:هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار؟ فمن قال: حكم شرعي قال:هي شرط من شروط الصحة، ومن قال توثق، قال: من شروط التمام"[5]

وقد رجح الشوكاني[6] رأي الجمهور؛ فقال:" والحق ماذهب إليه الأولون –يقصد الجمهور – لأن أحاديث الباب يقوي بعضها بعضا، والنفي في قوله"لانكاح" يتوجه إلى الصحة،

1ـــ فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني. دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط) ،(د،ت)، 9 /128.

2-المغني 339/7، فتح الباري نفسه.

3-أحكام الأسرة في الإسلام:شلبي، 108.

4-الحاوي 57/9، المغني 339/7.

5-بداية المجتهد 53/3.

6-هو: محمد بن علي بن محمد الشوكاني، فقيه مجتهد، من كبار علماء اليمن، من أهل صنعاء، ولي قضاء صنعاء، ومات حاكما بها، له مؤلفات كثيرة نافعة منها: إرشاد الفحول، نيل الأوطار، فتح القدير، السيل الجرار،... توفي (1250هـــ) ، ترجمته:(البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع 106/2، معجم تراجم الفقهاء 173).

وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد، لأنه قد استلزم عدمه عدم الصحة، وماكان كذلك كان شرطا"[1].

ومما سبق ذكره يترجح رأي الجمهور؛ لما للزواج من نتائج ذات بال تترتب عليه، من حل المعاشرة بين الزوجين، ووجوب النفقة، وثبوت نسب الأولاد، واستحقاق الإرث، ووجوب المهر، ولأن هذه النتائج عرضة للجحود والإنكار من كلا الزوجين.

فإذا ثبت ذلك فإن حضور الشاهدين عند العقد يعتبر ضمانا تثبت به الشروط والحقوق إذا دعت الحاجة، أو دب الخلاف بين الزوجين، أوتنكّر أحد منهما لحقوق الآخر وشروطه، لاسيما ونحن في زمن كثرت فيه الشروط، وغلب فيه فساد الذمم.

1-نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأبرار:محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: نصر فريد واصل. المكتبة التوفيقية ، مصر، (د،ط)، (د،ت)، 179/6.

المبحث الثامن: حكم النكاح إذا شهد الشاهدان وتواصوا بالكتمان:

اتفق الفقهاء على استحباب إعلان النكاح وإظهاره، لقولهﷺ:" أعلنوا النكاح و اضربوا عليه بالدف"[1]، لكنهم اختلفوا في حكم العقد إذا شهد الشاهدان عليه وتواصوا على كتمانه، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية في المشهور من المذهب[2]، إلى أن التواطؤ على كتم العقد حال العقد أو قبله يعتبر نكاح سر، وحكمه أن يفسخ بطلاق قبل الدخول، وبعد الدخول مالم يطل الزمن، وضابط طول الزمن وقصره هو العرف.

أما إن وقع التواصي على كتمه بعد العقد فلا يضر؛ لأن العقد وقع صحيحا، وهذا هو رواية ابن حبيب عن مالك، وبه قال ابن القاسم وصححه أصبغ[3].

واختلف المالكية في حال تواصي الزوجين والولي بالكتم دون إيصاء الشهود، هل يعتبر نكاح سر أم لا ؟، وضابط نكاح السر لخصه الإمام الدسوقي[4] بقوله:

1-أخرجه الترمذي :كتاب النكاح ، باب ماجاء في إعلان النكاح، برقم 1089، 384/2. وابن ماجة كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، برقم 1895، 463/2، والحديث حسن إسناده الألباني في إرواء الغليل 50/7.

2-المدونة 193/2، التفريع 370/1، عيون المجالس 1051/3، الاستذكار 212/16، المنتقى 314/3، عقد الجواهر 414/2، الذخيرة 400/4-401.

3-هو :أصبغ بن الفرج بن سعيد بن نافع، مولى عبد العزيز بن مروان ، سكن الفسطاط، رحل إلى المدينة ليسمع مالكا فدخلها يوم مات، وأخذ عن ابن القاسم وابن وهب وأشهب، له كتب حسان منها: كتاب الأصول، تفسير غريب الموطأ..توفي بمصر (225هـ) وقيل (224هـ).ترجمته: (الديباج 158، شجرة النور 99/1).

4-هو: محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، فقيه مالكي، من علماء العربية والفقه ،مصري، درس بالأزهر، له حاشية على الشرح الكبير، وحاشية على شرح السنوسي لمقدمة أم البراهين في العقائد، توفي (1230هـ) ،ترجمته: (شجرة النور 520/1، معجم تراجم 112).

"والحاصل أن في نكاح السر طريقتين: طريقة الباجي[1]: وهي أن استكتام غير الشهود نكاح سر أيضا؛كما لو تواصى الزوجان والولي على كتمه و لم يوصوا الشهود بذلك، ورجحها بدر القرافي والبناني، وطريقة ابن عرفة[2]ــ ورجحها المواق[3] والحطاب[4]ــ: وهي ما أوصي الشهود بكتمه، أوصي غيرهم على كتمه أم لا"[5]

وذهب يحي بن يحي الليثي[6] من المالكية إلى أن النكاح الذي شهد عليه شاهدان عدلان هو نكاح حلال، ليس بسر، ولو أمر بكتمانه، وهذا القول صححه القرطبي[7] .

وأدلة القول المشهور:

1-هو: أبو الوليد، سليمان بن خلف بن سعد بن وارث الباجي، الأندلسي، رحل إلى المشرق سنة 426هـــ ومكث 13سنة، له مناظرات مع ابن حزم مشهورة، وله مؤلفاته كثيرة نافعة كالمنتقى وإحكام الفصول، والمنهاج في ترتيب الحجاج، توفي بالمرية (494هـــ) ترجمته:(الديباج 197، شجرة النور 178/1، سير أعلام النبلاء 535/18).

2-هو: محمد بن محمد بن عرفة الورغمي، التونسي، مقرىء، فروعي، أصولي، بياني، منطقي، حافظ للمذهب، من تصانيفه: المبسوط في الفقه، الحدود في التعريفات ، توفي (803هـــ) ترجمته:(الديباج 419، شجرة النور 326/1)،

3-هو:محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدري، الغرناطي، المعروف بالمواق، أخذ عن ابن سراج وابن عاصم وغيرهما، من تآليفه: التاج والإكليل شرح مختصر خليل، وسنن المهتدين في مقامات الدين، توفي (897هـــ) ترجمته:(شجرة النور 378/1، معجم تراجم 328).

4-هو:محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني المعروف بالحطاب، فقيه مالكي، متصوف، مغربي الأصل، ولد واشتهر بمكة، من تآليفه: مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، شرح نظم نظائر رسالة القيرواني، لابن غازي، توفي بطرابلس الغرب (ليبيا) (954هـــ) ترجمته:(شجرة النور 389/1، معجم تراجم 89).

5-حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 237/2، وانظر المنتقى 314/3، شرح حدود ابن عرفة:أبوعبد الله الرصاع، تحقيق: محمد أبي الأجفان، الطاهر المعموري.دار الغرب الإسلامي، ط1، 1993م، 246/1.

6-هو: أبو محمد، يحي بن يحي بن كثير بن وسلاس، سمع مالكا والليث، وعادت إليه فتيا الأندلس بعد عيسى بن دينار، صاحب أشهر رواية للموطأ، توفي (234هـــ) وقيل (233هـــ)، ترجمته: (الانتقاء 105، الديباج 431، شجرة النور 95/1).

7-جامع الأحكام الفقهية 196/2، والقرطبي هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح، الأنصاري الأندلسي، القرطبي، المفسر، قرأ على صاحب المفهم، له مؤلفات نافعة أجلها: الجامع لأحكام القرآن، ، توفي (671هـــ) ترجمته: (الديباج 406، شجرة النور 282/1).

1- من السنة:

أ- ماروى عن أبي هريرة ﷺ أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر[1]. والنهي يقتضي الفساد.

ب- وكذا ماروي عن النبي ﷺ أنه قال:" أعلنوا النكاح"[2]و قوله ﷺ "فصل ما بين الحلال والحرام، الصوت والدف في النكاح"[3].

ج- وما رواه ابن وهب عن علي بن أبي طالب ﷺ أن رسول الله ﷺ"مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا، فقال: ماهذا؟ فقالوا:نكح فلان يارسول الله، فقال: كمل دينه، هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح السر، حتى يسمع دف أو يرى دخان"[4]

وجه الاستدلال: فالآثار السابقة فيها أمر بالإعلان، وهو يقتضي النهي عن ضده وهو السر، كما أنها جعلت الفيصل بين النكاح المشروع والسفاح الممنوع الإعلان؛ فكانت بذلك أنكحة السر مفسوخة.

2- **قول الصحابة:** كما يروى هذا القول عن أبي بكر الصديق ﷺ، حيث روى عنه ابن وهب بأنه قال لا يجوز نكاح السر حتى يعلن ويشهد به.

كما روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى أيوب بن شرحبيل: أن مُرْ من قِبَلَكَ فليظهروا عند النكاح الدفاف فإنها تفرق بين النكاح والسفاح، وامنع الذين يضربون بالبرابط[5]"[6].

1- أخرجه: الطبراني في المعجم الأوسط عن أبي هريرة ، برقم 6870، 445/7.

2- سبق تخريجه ص

3- أخرجه: أحمد في المسند: عن محمد بن حاطب الجمحي، برقم 15451، 189/24. والترمذي :كتاب النكاح، باب ماجاء في إعلان النكاح، برقم 1088، 384/2. والنسائي :كتاب النكاح، باب إعلان النكاح بالصوت وضرب الدف، برقم 5537، ج4/

وابن ماجة: كتاب النكاح، باب إعلان النكاح، برقم 1896، 437/2، بلفظ قريب منه.

والحديث حسنه الأرنووط، المسند 189/24، وحسنه الألباني في إرواء الغليل 50/7.

4- أخرجه البيهقي:كتاب الصداق، باب مايستحب من إظهار النكاح وإباحة الضرب بالدف عليه، ومالا يستنكر من القول 290/7. وقال البيهقي :حسين بن عبد الله ضعيف.

5-البرابط: جمع بَرْبَط: وهو العود، من ملاهي العجم أعربته العرب حين سمعت به. لسان العرب، مادة "بربط" 183/1.

6-المدونة 194/2.

3- **من المعقول:** أما من جهة المعنى فإنه لاخلاف أن الاستسرار بالنكاح ممنوع؛ لمشابهة الزنا الذي يتواطأ عليه سرا، فيجب أن لا يجوز النكاح إلا على وجه يتميز من الزنا، ولذلك شرع فيه ضرب من اللهو والوليمة لما في ذلك من الإعلان فيه[1].

ولأن التواصي بالكتمان من صفة الزنا، ففي إباحة عقد النكاح معه ذريعة إلى إضاعة الأنساب[2].

المطلب الثاني: رأي الجمهور وأدلتهم:

ذهب الجمهور من: الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أن النكاح إذا شهد عليه شاهدان عدلان[6] لم يكن سرا ولو تواصوا بكتمانه، وعليه فهو نكاح جائز وإن كانوا صرحوا بكراهته.

واستدل الجمهور بمايلي:

1- **من السنة:** قولهﷺ:"لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل..."[7].

و مفهومه:انعقاد النكاح بذلك وإن لم يوجد الإظهار[8].

2-من المعقول:

أ- و استدلوا بأن عقد النكاح عقد معاوضة؛ فلم يشترط إظهاره كالبيع[9].

ب- ولأن إعلان النكاح، والضرب عليه بالدف إنما يكون في الغالب بعد عقده، ولو كان شرطا لاعتبر حالة العقد كسائر الشروط[10].

كما ستظهر أوجه أخرى لاستدلالهم عند مناقشتهم لأدلة المالكية.

1- المنتقى 314/3.

2- المعونة 494/1.

3-شرح فتح القدير 111/3، البناية 13/5، بدائع الصنائع 252/2،253.

4ـ المجموع 199/16،200، الأم 76/10.

5ـ المغني 434/7،435، الإنصاف 102/8، كشاف القناع 65/5.

6ـ لم يشترط الحنفية العدالة لشهادة الشاهدين، وكذلك رواية عند الحنابلة. انظر المصادر السابقة.

7- سبق تخريجه ص

8- المغني 435/7.

9- المغني نفسه، تكملة المجموع 200/16.

10- المغني نفسه.

المطلب الثالث:مناقشة الأدلة:

الفرع الأول: مناقشة أدلة المالكية: ناقش الجمهور أدلة المالكية بمايلي:

1-حديث: "أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر"، فنحن نقول بموجبه، لكن نكاح السر مالم يحضره شاهدان، فأما ماحضره شاهدان فهو نكاح علانية لا نكاح سر؛ إذ السر إذا جاوز اثنين خرج من أن يكون سرا، كما قال الشاعر:

وسرّك ماكان عند امرىء وسرّ الثلاثة غير الخفي[1].

كما أن عمر رضي الله عنه فسره بما فسرناه عند رده النكاح الذي حضره رجل وامرأة، وقال: هذا نكاح السر ولا أجيزه[2].

2-كما حملوا أخبار الإعلان على الاستحباب، بدليل أمره ﷺ فيها بالدف والصوت وليس ذلك بواجب؛ فكذلك ما عطفت عليه.

الفرع الثاني: مناقشة أدلة الجمهور: لم أعثر على مناقشة لأدلة الجمهور من قبل المالكية، لكن يمكن أن يقال في أدلة الجمهور مايلي:

1-الاستدلال بالمفهوم على حصر الأركان والشروط والواجبات، قد يسلم في حالة عدم وجود نصوص تقضي بواجبات أخرى، هذا مع الاختلاف في حجية المفهوم أصلا، وإذا سلمنا بحجيته، فإنه قد ثبتت نصوص منفصلة تقضي بوجوب الإعلان.

2-أما قياس عقد النكاح على سائر العقود فهو قياس مع الفارق؛ إذ ثبت أن عقد النكاح يختلف عن سائر العقود في الخيار وغيره، وكذلك لما يرتبه النكاح من آثار ذات خطورة وأهمية كالدخول بالمرأة، وحرمة المصاهرة، والإرث،...فلذا كان الاحتياط في جانبه أولى وأليق.

المطلب الرابع:سبب الخلاف والترجيح:

ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف هو أن ما تقع فيه الشهادة يطلق عليه اسم السر أم لا؟[3] أي أن خلافهم دائر على تحديد مفهوم السر، وعلى ضوئه يمكن تمييز القول الأقوى.

1- البيت للصلتان العبدي، وهو في ديوان الحماسة لأبي تمام.

2- المغني7/435.

3- بداية المجتهد 3/53.

وإذا ثبت أن السر هو مالم يجاوز الاثنين لغة وعرفا؛ فإنه يترجح رأي الجمهور القائل بصحة عقد النكاح الذي يحضره شاهدان ولو أوصيا بالكتمان، سيما وأن الشاهدين تتحقق بهما البينة في غالب العقود، وبهما تثبت الحقوق لأصحابها، فلم يبق لوجوب الإعلان وجه، وإلى تصحيح قول الجمهور ذهب القرطبي[1] و هو من المالكية .

كما تجدر الإشارة إلى أن الإعلان – بعد شهادة الشاهدين- يبقى على الاستحباب لما فيه من إظهار الفرحة، وتشجيع الشباب على الزواج، إلى غير ذلك من المصالح، مالم يصل إلى حد المحظور كما نلحظه في أيامنا في الكثير من الأنكحة.

1- الجامع للأحكام الفقهية 196/2.

الفصل الثاني: تفردات المالكية في الصداق.

تمهيد

المبحث الأول: أقل الصداق.

المبحث الثاني: أثر فساد المهر على صحة العقد.

المبحث الثالث: حكم الاتفاق على نفي المهر.

المبحث الرابع: حكم وجه الشغار ومركبه.

المبحث الخامس: الحكم إذا طلبت المفوضة مهرا.

المبحث السادس: حكم ما يعرض للصداق من تغير قبل الطلاق.

المبحث السابع: اختلاف الزوجين في قدر أو صفة الصداق قبل الدخول.

المبحث الثامن: اختلاف الزوجين في قبض الصداق قبل الدخول.

المبحث التاسع: الحكم إذا تجهزت المرأة بالصداق وطلقها قبل الدخول.

المبحث العاشر: حكم عفو الولي عن نصف مهر موليته حال طلاقها قبل الدخول.

تمهيد

الصداق مال يجب على الزوج لزوجته، بسبب عقد الزواج، وهو عنوان إكرام للزوجة، ودليل إقدام الزوج على البذل من أجلها، كما يعتبر رمزا يفصح عن استعداد الرجل للتضحية والتفاني من أجل أسرته، ولا يعتبر بحال من الأحوال ثمنا لبضع المرأة، ولا مقابل للاستمتاع بها.

وعلى ذلك فهو حق من حقوق الزوجة الواجبة على الزوج، لكني أفردته بفصل مستقل جريا على ما فعله الجمهور غير المالكية في مصنفاتهم من إثباته مبحثا مستقلا عن سائر الحقوق؛ بل جعلوه مبحثا مستقلا عن النكاح أصلا، وكذا لتشعب مسائله، وكثرة اختلاف الفقهاء فيها.

وعند سبري للمسائل التي انفرد فيها المالكية برأيهم عن غيرهم من المذاهب وجدتها عشر مسائل، تدور حول تحديد أقل الصداق، أو أثر فساده، أو إسقاطه، أو تغيره على صحة عقد النكاح.

وحري بالتنبيه أن المالكية تفردوا باعتبار الصداق ركنا في عقد النكاح، أو على الأقل شرط صحة فيه، في حين أن الجمهور اعتبروه أثرا من آثار عقد النكاح، وواجبا من واجبات الزوج تجاه زوجته، وكان هذا هو السبب الرئيس في تفرد المالكية عن الجمهور فيما يلي من المسائل العشر.

المبحث الأول: مقدار أقل الصداق:

اتفق الفقهاء على أنه لا حد لأكثر الصداق[1]، واختلفوا في تحديد أقله، فاتفق الحنفية والمالكية على تحديده، وذهب الشافعية والحنابلة إلى عدم تحديده، ثم إن الحنفية والمالكية اختلفوا كذلك في مقدار ذلك، وبذا يتضح انفراد المالكية عن غيرهم من المذاهب، وفيما يلي آراء الفقهاء وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى أن أقل الصداق محدد، ومقداره ربع دينار أو ثلاثة دراهم أو ما يساويهما. وهو رأي جمهور المالكية[2]، في حين ذهب ابن وهب[3] إلى صحة النكاح بالدرهم ونحوه[4] .

واستدلوا على إثبات التحديد أولا بمايلي:

1- **من القرآن:** استدلوا بقوله تعالى ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم ﴾النساء: ٢٥.

وجه الاستدلال: أن الله تعالى لما شرط عدم الطول في نكاح الإماء، وأباحه لمن لم يجد طولا ؛دل ذلك على أن الطول لا يجده كل الناس، ولو كان الفلس والدانق والقبضة من الشعير، ونحو ذلك طولا لما عدمه أحد[5]، وهذا يدل على أن أقل الصداق مقدر.

1- بداية المجتهد 54/3.

2- المدونة 223/2، التفريع 375/1، عيون المجالس 1137/3، الاستذكار 70/16، المنتقى 275/3.

3- هو: أبو محمد، عبد الله بن وهب بن مسلم القرشي، من الموالي، روى عن أربعمائة عالم منهم مالك، صحب مالكا عشرين سنة، ولم يكتب مالك بالفقيه لأحد إلا إلى ابن وهب، له تآليف حسنة منها سماعه من مالك، جامعه الكبير، موطؤه الكبير، توفي (197هـ)، ترجمته:(الانتقاء 92، الديباج 214، شجرة النور 89/1).

4- الذخيرة 350/4، بداية المجتهد 54/3.

5- الاستذكار 71/16.

2-**من السنة**: استدلوا بحديث سهل بن سعد الساعدي، وفيه أن رسول الله ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني قد وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله: زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ: هل معك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ماعندي إلا إزاري، فقال رسول الله ﷺ: إن أعطيتها إياه جلست لا إزار لك فالتمس شيئا، فقال: لاأجد شيئا، فقال عليه الصلاة و السلام:التمس ولو خاتما من حديد،فالتمس فلم يجد شيئا،فقال له -عليه السلام- : هل معك من القرآن من شيء؟ فقال: نعم، سورة كذا وسورة كذا، لسور سماها، فقال عليه السلام: قد أنكحتكها بما معك من القرآن"[1]

وجه الاستدلال: قال القرافي :يدل من أربعة أوجه:

" **أحدها**: قوله ماعندي إلا إزاري، معلوم بالعادة أن الإنسان لا يعجز عن حجر، أو حطب، أو مايساوي فلسا؛ فدل على أن المراد مالَهُ بال، وإلا فالعادة تكذبه، وكان عليه السلام يكذبه حينئذ.

ثانيها: قوله ما أجد شيئا، بعد قوله عليه السلام:التمس شيئا، ومعلوم أنه لو التمس ما ذكرنا لوجده.

ثالثها: قوله عليه السلام: التمس ولو خاتما من حديد في معرض المبالغة، يقتضي أن ذلك أقل ما يتمول.

رابعها: قوله فالتمس فلم يجد شيئا، ومعلوم أنه يجد ماتقدم ذكره، فدل ذلك على أن المراد بالآية ماله قدر من المال، فيتعين ماذكرناه"[2]

3- **من المعقول**: أن البضع لا يباح إلا بعوض بيانا لخطره، فوجب التقدير، كما أن الصداق حق الله فوجب تقديره، وهذه الأصول لاترد بألفاظ من الأحاديث محتملة يعارضها مثلها من القرآن[3]، والدليل على كون الصداق حقا لله أنهما إذا تراضيا على إسقاطه لم يجز، فإذا ثبت هذا وجب أن يكون مقدرا كالزكوات والكفارات[4].

1- أخرجه البخاري:كتاب النكاح، باب التزويج على القرآن وبغير صداق، برقم 5149، 464/6. ومسلم :كتاب النكاح، باب:الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل أو كثير ،برقم3472، 215/9.

2- الذخيرة 351/4.

3- عارضة الأحوذي 37/5.

4- الإشراف :القاضي عبد الوهاب 714/2.

واستدلوا على تحديد المقدار بقياس البضع على نصاب قطع اليد في السرقة؛ وذلك أن البضع عضو مستباح ببدل من المال؛ فكان أصله في ذلك ماتقطع فيه يد السارق[1].

المطلب الثاني: مذهب الحنفية وأدلتهم:

ذهب الحنفية إلى أن أقل المهر محدد، وأقله عشرة دراهم[2].

واستدلوا على وجوب التقدير: بأن النكاح لاينعقد صحيحا إلا موجبا للعوض، إما في الحال أو في التالي، وإنما كان اشتراط العوض شرطا لإظهار خطر البضع، ولا يحصل هذا بأصل المالية، فاسم المال يتناوله الخطير والحقير، وإنما يحصل إظهار الخطر بمال مقدر. [3]

واستدلوا على تقدير أقل المهر بمايلي:

1- **من السنة:** بحديث جابر عن النبي ﷺ قال"...ولا مهر أقل من عشرة دراهم"[4]

ووجه الاستدلال: أن الحديث نص في تحديد أقل المهر.

2- **من القياس:** قاسوا أقل الصداق على نصاب السرقة [5]-كما فعل المالكية- لكنهم اختلفوا معهم لاختلافهم في نصاب السرقة، فهو عند الحنفية عشرة، ولذلك لا حاجة لإعادة شرح استدلالهم بالقياس.

المطلب الثالث: مذهب الشافعية والحنابلة وأدلتهم:

ذهب الشافعية[6] والحنابلة[7] إلى أن أقل المهر غير مقدر، فكل ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون صداقا ،قل أو أكثر.

1- الاستذكار 71/16 ، الإشراف 714/2.
2- مختصر الطحاوي 184، البناية شرح الهداية 132/5.
3- المبسوط 81/5.
4- أخرجه: البيهقي: كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، وقال: وهذا حديث ضعيف بمرة، 240/7.
والدارقطني:باب المهر، برقم 11 ، 245/3.
5- البناية 132/5.
6- الحاوي 397/9.
7- المغني 4/8 ،كشاف القناع 129/5.

واستدلوا بمايلي:

1- **من القرآن:** بقوله تعالى ﴿ وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾ البقرة٢٣٧.

ومحل الشاهد "فنصف ما فرضتم"؛ فكان على عمومه، من قليل أو كثير.

وكذا قوله تعالى: ﴿ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم ﴾ النساء: ٢٤.

ووجه الدلالة أنه لم يقدر المهر؛ فوجب العمل به على إطلاقه[1].

2-**من السنة:** واستدلوا بجملة من الأحاديث الواردة:

أ-حديث جابر ﷺ مرفوعا "لو أن رجلا أعطى امرأة صداقا ملء يده طعاما كانت له حلالا "[2]

ب-عن عامر بن ربيعة ﷺ أن امرأة من فزارة تزوجت على نعلين، فقال رسول الله ﷺ: أرضيت من مالك ونفسك بنعلين؟ قالت: نعم، فأجازه"[3]

ج-روى أبو سعيد الخدري ﷺ أن النبي ﷺ قال:" لا جناح على امرىء أن يصدق امرأة قليلا أو كثيرا إذا أشهدوا وتراضوا"[4].

فتعتبر الأحاديث السابقة نصوصا في جواز القليل من المهر، مما يدل على عدم تحديده.

د-عن عبد الله بن عمر ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: أدوا العلائق" قالوا: يارسول الله: وما العلائق؟ قال: ما تراضى به الأهلون"[5]؛ فكان على عمومه فيما تراضوا به من قليل أو كثير.

1- الحاوي 397/9.

2- أخرجه:أحمد في المسند عن جابر برقم 14824، 126/23 ،والدارقطني: باب المهر، رقم 3 ،3/ 243 ،وأبو داود بلفظ قريب منه، كتاب النكاح، باب قلة المهر، برقم 2110، 642/1.

3- أخرجه:الترمذي :كتاب النكاح، باب ماجاء في مهور النساء، برقم 1113 ، 405/2 ،وقال حسن صحيح. وابن ماجة:كتاب النكاح باب: صداق النساء، برقم 1888، 2/ 433، وضعفه الألباني في إرواء الغليل 346/6.

4- أخرجه الدارقطني(بلفظ قريب منه) عن أبي سعيد الخدري 244/3، والبيهقي : كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، وقال : أبو هارون العبدي غير محتج به، وروي من طريق آخر ضعيف عن أبي سعيد 239/7.

5- أخرجه:الدارقطني، باب المهر، رقم 10، 244/3، والبيهقي (قريبا منه)، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا 239/7، قال ابن حجر:وإسناده ضعيف جدا، تلخيص الحبير 190/3.

هـــ-قوله ﷺ "التمس ولو خاتما من حديد"[1]، والخاتم من الحديد أقل الجواهر قيمة؛ فدل على جواز القليل من المهر[2].

و-كما روي عن النبي ﷺ أنه قال"من استحل بدرهم فقد استحل[3]"، وهو نص في جواز القليل من المهر.

3-أقوال الصحابة:

قال جابر ﷺ :" إنا كنا لننكح المرأة على الحفنة و الحفنتين من دقيق"[4]

وقال أنس بن مالك ﷺ : تزوج عبد الرحمن بن عوف ﷺ امرأة من الأنصار على وزن نواة من ذهب قومت ثلاثة دراهم[5] .

وبه قال عمر وابن عباس ﷺ[6].

4-القياس: لأن كل عوض لا يتقدر أكثره لا يتقدر أقله، قياسا على جميع الأعواض[7]،كما أن المهر حق للمرأة، شرعه الله إظهارا لمكانتها؛ فيكون تقديره برضا الطرفين، ولأن المهر بدل الاستمتاع بالمرأة؛ فكان تقدير العوض إليها كأجرة منافعها[8].

1-سبق تخريجه.

2- الحاوي 398/9.

3-أخرجه البيهقي، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، 238/7.

4- أخرجه: الدار قطني: باب المهر، برقم 1، 242/3، والبيهقي بلفظ قريب منه، كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا، 238/7.

5- أخرجه:البخاري:كتاب النكاح:باب ضرب الدف في النكاح والوليمة برقم 5148 ، 463/6. ومسلم: كتاب النكاح،باب الصداق وجواز كونه تعليم قرآن وخاتم حديد وغير ذلك من قليل أو كثير ،برقم 3475، 218/9، كلاهما دون لفظ "قومت بثلاثة دراهم"، وهذه الزيادة أخرجها البيهقي: كتاب الصداق، باب ما يجوز أن يكون مهرا ، 237/7.

6-تكملة المجموع 326/16.

7-الحاوي 399/9.

8-الفقه الإسلامي وأدلته 257/7.

المطلب الرابع: مناقشة الأدلة:

الفرع الأول: ناقش الشافعية والحنابلة أدلة الحنفية والمالكية بمايلي:

1- حديث جابر ﷺ يناقش من جهتين :

أ-أنه ضعيف[1]، لأنه رواية مبشر[2]بن عبيد، وهو ضعيف،عن الحجاج بن أرطاة[3]،وهو مدلس، والحديث ضعفه ابن الهمام وهو من الحنفية؛ فلا ينهض للاحتجاج به.

كما أننا قد روينا عن جابر من طريق ثابتة قولا مسندا، وفعلا منتشرا ما ينافيه؛ فدل على بطلانه.

ب- وعلى فرض التسليم بصحته، فإنه يستعمل في امرأة بعينها كان مهرها عشرة، فحكم لها فيه بالعشرة[4]، كما أنه جزء من حديث لفظه "لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل، ولا مهر أقل من عشرة دراهم"، والحنفية أنفسهم تركوا العمل به في باب الولاية وعدالة الشهود، فكيف يأخذون به في باب المهر؟[5]

2-ناقشوا القياس على نصاب السرقة، من وجوه:

أ- أن هذا القياس مبني على مقدمتين، الأولى: كون الصداق عبادة، والثانية:كون العبادة مقدرة، وفي كليهما نزاع.

ب- أن هذا قياس شبه لم ينبه عليه اللفظ، وهو مردود عند المحققين من الأصوليين.[6]

1- قال عنه ابن عبد البر"لا يثبته أحد من أهل العلم بالحديث"الاستذكار 73/16.

2- هو:مبشر بن عبيد الحمصي، أبو حفص، كوفي الأصل، متروك، ورماه أحمد بالوضع، من السابعة، له في ابن ماجة حديث واحد في غسل الميت، ترجمته:(الضعفاء والمتروكين 356، تقريب التهذيب 452).

3- هو: ابن ثور بن هبيرة النخعي، الكوفي، القاضي، أحد الفقهاء، صدوق كثير الخطأ والتدليس، من السابعة مات (145هـ) ترجمته:(الضعفاء والمتروكين 357، تقريب التهذيب 92).

4- الحاوي 399/9.

5- أحكام الأسرة ، شلبي 347.

6- بداية المجتهد 56/3، مناهج التحصيل 457/456/3.

ج- أنه ضعيف من جهة أن القطع غير الوطء، وإن جمعهما لفظ الإباحة، فإن القطع استباحة على وجه العقوبة والمثلة، والنكاح استباحة على وجه اللذة والمودة.[1]

الفرع الثاني: ناقش الحنفية والمالكية أدلة الشافعية والحنابلة بمايلي:

1- ناقشوا الاستدلال بالآيات:

بأن الله تعالى قال ﴿ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم ﴾ النساء: ٢٤.؛ فدل على أن ما لا يسمى أموالا لا يكون مهرا، وأن شرطه أن يسمى أموالا، هذا مقتضى الآية وظاهرها، ومن كان له درهم أو درهمان لا يقال عنده أموال، فلم يصح أن يكون مهرا بمقتضى الظاهر، وكذلك العشرة، لكن العشرة أجزناها بالاتفاق، وجائز تخصيص الآية بالإجماع."[2]

2- كما ناقشوا الأحاديث بالآتي:

أ-حديث سهل بن سعد، وتزويجه بالقرآن:

- أن قوله "التمس شيئا"محمول على المعجل لا على كل المهر[3].

-أن ذلك كان للضرورة والفقر في أول الإسلام[4].

-أن هذا حديث آحاد، معارض للقياس، أو أنه قضية في عين؛ لقوله ﷺ "قد أنكحتكها بما معك من القرآن"، وذلك خلاف الأصل، لأن القرآن لا يتصور أن يكون حفظه صداقا، وقضايا الأعيان لا يصح الاستدلال بها في كل الأحوال[5].

وأما قوله"ولو خاتما من حديد"، فهو خاتم في العرف يتزين به، قيمته أكثر من ربع دينار[6].

1- المصدرين السابقين.

2-أحكام القرآن:أبو بكر الجصاص،تحقيق:محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان،(د،ط) 1412هـ، 1992م. 89/3.

3- المصدر نفسه.

4- البناية 135/5.

5ـ مناهج التحصيل 456/3

6-أحكام القرآن: ابن العربي 388/1.

ب-حديث إجازة النكاح بنعلين: أن النعلين قد يجوز أن تساويا عشرة دراهم أو أكثر، وبذلك فلا دلالة فيه على موضع الخلاف، كما أن إجازة النكاح لا تعني أنه هو المهر لا غيره؛ لأنه لو تزوجها على غير مهر لكان النكاح جائزا. وعلى هذا تحمل كل الأحاديث التي جوزت النكاح بأقل من عشرة دراهم[1].

ج- أما حديث: "العلائق ما تراضى به الأهلون" فهو محمول على ما يجوز في الشرع، بدليل لو تراضوا على خمر أو خنزير لم يجز؛ فكذلك في حكم التسمية يكون مرتبا على ماثبت حكمه في الشرع من تسمية العشرة[2].

د-كما أن المهر لا يستباح به عضو واحد، بل يستباح به جميع البدن؛ فثبت أنه قياس مع الفارق، وبطل التعليل بذلك[3].

المطلب الخامس: سبب الخلاف والترجيح:

ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف أمران:

أحدهما: تردد المهر بين كونه عوضا من الأعواض يعتبر فيه التراضي بالقليل أو بالكثير ، كالحال في البيوعات، وبين أن يكون عبادة فيكون مؤقتا، وذلك أن من جهة أنه يملك به على المرأة منافعها على الدوام يشبه العوض، ومن جهة أنه لا يجوز التراضي على إسقاطه يشبه العبادة.

الثاني: معارضة القياس المقتضي التحديد لمفهوم الأثر الذي لا يقتضي التحديد[4].

ويبدو أن السبب الثاني متولد عن الأول، أي أن الذين رأوا أن المهر من قبيل العبادة؛ فيجب تقديره، لما لم يجدوا نصا في التقدير لجؤوا إلى القياس.

1- أحكام القرآن:أبو بكر الجصاص،،89/3..

2- المصدر نفسه.

3-الحاوي 400/9.

4-بداية المجتهد 54/3. وذكر الرجراجي مثله مع اختلاف الألفاظ ،مناهج التحصيل 453/3.

وبعد هذه التطوافة مع أدلة الفقهاء ومناقشتهم أجدني أميل إلى رأي الشافعية والحنابلة، القائلين بعدم تحديد أقل المهر، لظهور أدلتهم، ولتهاوي أدلة المالكية والحنفية، إما لعدم صحتها: قال ابن حجر[1]:"وقد وردت أحاديث في أقل الصداق لا يثبت فيها شيء" [2]أو لعدم صراحتها في الدلالة على ما قصدوه، كما أن المقادير الشرعية لا تثبت بالقياس.

وهذا الرأي رجحه جملة من المعاصرين من بينهم الدكتور وهبة الزحيلي[3]. والدكتور بدران أبو العينين[4]، والدكتور عبد الكريم زيدان[5].

1-هو: أحمد بن علي بن محمد، شهاب الدين، أبو الفضل الكناني العسقلاني، المصري، اشتهر بابن حجر، تصدى لنشر الحديث حتى صار لفظ الحافظ ينصرف إليه إذا أطلق، ولي مشيخة البيبرسية ونظرها، والإفتاء بدار العدل، والخطابة بجامع الأزهر، وتولى القضاء، مؤلفاته ذائعة نافعة منها: فتح الباري، توفي (852هـ). ترجمته: (البدر الطالع: 61/1، معجم تراجم: 79).

2-فتح الباري 211/9.

3-الفقه الإسلامي وأدلته 258/7.

4-الفقه المقارن للأحوال الشخصية ص187.

5-المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم:عبد الكريم زيدان، مؤسسة الرسالة، بيروت ،لبنان ط2، 1415-1994، 62/7.

المبحث الثاني:أثر فساد المهر على صحة العقد:

اختلف الفقهاء في أثر فساد المهر على صحة عقد النكاح، كأن تزوجها على خمر، أو خنزير، أو ثمرة لم يبد صلاحها، أو عبد آبق أو بعير شارد...وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

اختلفت الرواية في المذهب في مسألتنا هذه، وحاصل الأقوال ثلاثة:

الأول:المشهور من المذهب، أنه يفرق بينهما قبل الدخول، ولا يفرق بينهما بعد الدخول، بل يجب مهر المثل[1].

واختار هذا القول ابن القصار[2]، وابن عبد البر[3]، القاضي عبد الوهاب[4]، وضعفه ابن رشد[5] ، كما اختلف القائلون بالفسخ قبل الدخول:هل يكون وجوبا؛ تغليظا وعقوبة، أم استحبابا؛ احتياطا وخروجا من الخلاف.

وذكر الباجي أن وجوب الفسخ هو قول المتقدمين من أصحاب مالك، وهو جار على قولهم في البيع الفاسد لفساد العوض يفسخ قبل الفوات، ولا يفسخ بعد الفوات، وأن القول باستحباب الفسخ هو قول المتأخرين؛ حين ألزمهم المخالف بأن العقد إن كان على الفساد فلا يخرج عن ذلك بالبناء[6].

الثاني:أن العقد فاسد ويفرق بينهما مطلقا، سواء دخل أو لم يدخل[7].

1- المدونة 216/2،النوادر والزيادات 544/4، الإشراف 714/2، المعونة 499/1، الذخيرة 385/4، عقد الجواهر 472/2. التفريع 377/1، مناهج التحصيل 366/3،365، الشرح الكبير 238/2.

2- هو: علي بن أحمد البغدادي، القاضي أبو الحسن ،المعروف بابن القصار، تفقه بالأبهري، ثقة قليل الحديث، له كتاب في مسائل الخلاف بعنوان "عيون الأدلة" اختصره القاضي عبد الوهاب في "عيون المجالس"، توفي (398هـ). ترجمته:(الديباج 296، شجرة النور138/1).

3- الكافي: ابن عبد البر251.

4-المعونة 499/1.

5-بداية المجتهد 63/3.

6-المنتقى 292/3.

7-بداية المجتهد :نفسه.

الثالث:كما يروى أن النكاح يمضي ولا يفرق بينهما[1].

والقول المشهور مبني على قصر الفساد على الصداق، وعدم تعديه إلى العقد، والحكم بصحة النكاح؛ إلا أنه يفسخ قبل الدخول، لا لفساد العقد الذي هو سبب الاستباحة والتناول، بل لفقدان شرطها ووجود مانعها؛ فيفسخ العقد ليستأنف عقده بعوض صحيح مقترن به، أو ليحصل العقد عاريا عن اقتران مانع الاستباحة، والأصل في هذا قوله تعالى ﴿أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾ النساء: ٢٤.، فأما إذا حصل الدخول، فقد ثبت الصداق الصحيح (مهر المثل)، وبطل الفاسد فوجد الشرط وانتفى المانع؛ فلا يفسخ العقد حينئذ، وصار ذلك كزوال العيب الموجب لرد البيع قبل القيام به[2].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب جمهور الفقهاء من: الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أنه لا أثر لفساد الصداق على صحة العقد، فيبطل الصداق الفاسد ويجب مهر المثل، والعقد صحيح، وسواء كان ذلك قبل الدخول أم بعده.

ودليل الجمهور هو قياس فساد الصداق على عدمه وجهالته كالآتي:

1- أن عقد النكاح والصداق منفصلان، فلا يؤثر فساد أحدهما على الآخر، بدليل أن الاتفاق قائم على أن النكاح يصح دون تسمية المهر (نكاح التفويض)، وليس فساد المهر أكثر من عدمه[6]، فإذا صح العقد مع عدم المهر صح مع فساده ؛لأن ذكره كالعدم.

2- كما أن عقد النكاح لا يبطل بالجهالة في العوض (المهر)، فلا يبطل بتحريمه[1].

1- أحكام القرآن: ابن العربي 317/1.

2-عقد الجواهر 472/2-473.

3-شرح فتح القدير 238/3، الاختيار لتعليل المختار 118/3.

4-الحاوي 503/9، العزيز شرح الوجيز:أبو القاسم الرافعي، تحقيق:علي معوض، وعادل عبد الموجود.دار الكتب العلمية، بيروت ،لبنان ،ط1، 1417ه، 1997، 251/8.

5-المغني 22/8، وذهب أبو بكر وشيخه الخلال، والجوزجاني إلى فساد النكاح إذا علما حالة العقد أنه خمر أو خنزير أو مغصوب. الإنصاف 245/8.

6-الأم 238/10، البناية 5/ 175.

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح:

ذكر ابن رشد أنّ سبب الخلاف هو الاختلاف في إلحاق النكاح بالبيع[2]؛ فالبيع يفسد بفساد الثمن، فمن ألحقه به قال بأن النكاح يفسد، ومن لم يلحقه قال: بأن النكاح لا يفسد.

لكن السبب الذي ذكره ابن رشد يكون صحيحا بين من قالوا بفساد العقد - وهي الرواية الثانية التي ذكرها للمالكية - وبين الجمهور، لكن علم من القول المشهور عند المالكية أنهم لا يحكمون بفساد العقد، وعليه فيكون الاتفاق حاصلا بين المالكية والجمهور على كون العقد صحيحا، لكن المالكية يقولون بالفسخ، إما على سبيل التغليط والعقوبة، وهذا في حق الزوجين، إذا قصدا العقد بصداق فاسد، وفي هذا المعنى زجر وتأديب للمتلاعبين بمثل هذا الرباط المقدس، وقد يكون الفسخ على سبيل الاحتياط[3] ومراعاة الخلاف[4]، وهذا في حق غير القاصدين القصد السيء -من التلاعب والانتهاك لحرمة عقد النكاح-، فيكون بهذا الفسخ تعليم لهم وتوجيه ليقوموا بعقد جديد مبني على الصداق الطاهر الحلال.

ومن يراعي هذه المعاني المقصدية يجد أن مذهب المالكية هو الأرجح، والمحقق لما ذكرت من الاحتياط لهذا العقد وإبرامه على الوجه الصحيح الذي لا تشوبه أي شائبة.

1- كشاف القناع 135/5.

2- بداية المجتهد 63/3.

3-الاحتياط: اختلفت عبارات المعرفين له، والمعنى واحد، فعرفه ابن حزم "الاحتياط طلب السلامة". ثم فصّل"الاحتياط هو التورع نفسه، وهو اجتناب ما يتقي المرء أن يكون غير جائز، وإن لم يصح تحريمه عنده، أو اتقاء ماغيره خير منه عند ذلك المحتاط"الإحكام لابن حزم 45/1،50.

4-مراعاة الخلاف: عرفه ابن عبد السلام"المراعاة في الحقيقة:إعطاء كل من دليلي القولين حكمه" ،وعرفه ابن عرفة بأنه"إعمال دليل في لازم مدلوله الذي أعمل في نقيضه دليل آخر."

والقول بمراعاة الخلاف عمل به الأكثرون في المذهب، ونسبوه إلى الإمام مالك، ومنهم ابن عرفة، والقباب، وابن العربي، وابن عبد السلام، والونشريسي...

ورأى البعض من المذهب أنه مشكل أو مردود؛ بحجة أنه مخالف للقياس الشرعي، من أن المجتهد يجري على مقتضى دليله، كما أن مراعاة الخلاف أصل غير مطرد، ومنهم: ابن عبد البر، واللخمي، والقاضي عياض، وأبو عمران الفاسي.انظر: الاحتياط – حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه:د إلياس بلكا، 309 فما بعدها، شرح حدود ابن عرفة: الرصاع 263/1، المعيار المعرب 377/6، الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم :المشاط 235. إيصال السالك إلى أصول مذهب الإمام مالك :للولاتي 189.

المبحث الثالث :أثرالاتفاق على نفي المهر:

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز نكاح دون مهر لغير النبي ﷺ [1]؛ لأن ذلك يعتبر من خصائصه ﷺ. واختلفوا في حكم النكاح إذا تزوج الرجل المرأة على أن لا مهر لها أصلا، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى أن هذا النكاح يفسخ قبل الدخول[2]،واختلفوا في حكمه بعد الدخول على قولين:

الأول: أنه يفسخ، قال أشهب[3] ولها بعد البناء والفسخ ثلاثة دراهم، وقال ابن وهب لها صداق المثل[4]، والقول بالفسخ بعد الدخول صححه ابن القصار[5]، وبه قال سحنون[6].

الثاني: أنه لا يفسخ بعد البناء، ولها صداق المثل.

والقولان مرويان عن ابن القاسم.

كما ذكر القاضي أبو إسحاق[7] قولا ثالثا: أنه بمنزلة نكاح التفويض، وهذا يقتضي إمضاءه قبل البناء وبعده[8].

1- بداية المجتهد 54/3، المنتقى 275/3.

2- عيون المجالس 1160/3، عقد الجواهر 480/2، الذخيرة 351/4 ،مدونة الفقه المالكي 581/2، التاج والإكليل 188/5، شرح الخرشي على خليل 172/3.

3- هو: أشهب بن عبد العزيز بن داود بن إبراهيم، القيسي العامري، الجعدي، اسمه مسكين، من أهل مصر، روى عن مالك وقرأ على نافع،. توفي أشهب (204هـ) بعد الشافعي ب23يوما وقيل ب18يوما، ترجمته:(ترتيب المدارك 262/3، الديباج 162، شجرة النور 89/1).

4- الذخيرة 351/4.

5- عيون المجالس 1161/3.

6- هو: عبد السلام، وكنيته أبو سعيد، التنوخي، القيرواني، أصله شامي من حمص، أخذ عن ابن القاسم وأشهب وابن وهب، ولي القضاء سنة (234هـ) وتوفي (240هـ)، ترجمته: (الديباج 263، شجرة النور 103/1).

7- هو:محمد أبو إسحاق بن القاسم بن شعبان ،من نسل عمار بن ياسر ﷺ، إليه انتهت رئاسة المالكيين بمصر، من كتبه: الزاهي الشعباني في الفقه، وكتاب في أحكام القرآن وغيرها، توفي (355هـ)، ترجمته: (الديباج 345، سير أعلام النبلاء 78/16).

8- المسالك في شرح موطإ مالك: أبو بكر بن العربي، تحقيق: محمد السليماني، عائشة السليماني، تقديم: يوسف القرضاوي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007م، 459.8/5-

ووجه الفسخ فيما ذهب إليه المالكية هو كون الصداق فريضة شرعية، وفيه حق الله لا يجوز التراضي على إسقاطه، قال تعالى ﴿ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾ النساء: ٢٤، وما ثبت في حديث سهل بن سعد رضي الله عنه وأن النبي ﷺ لم يسقط الصداق عن الرجل مع فقره الشديد، فلو كان جائزا إسقاط الصداق لكان أحرى به هذا الرجل الذي لا يملك شيئا.

وكذلك ما ثبت من كون النكاح دون صداق من خصائص النبي ﷺ لقوله تعالى: ﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ﴾ الأحزاب: ٥٠، فدل على أن أمته مخالفة له في ذلك[1].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب جمهور الفقهاء من: الحنفية[2]والشافعية[3]، والحنابلة في المذهب[4] المختار، إلى أن النكاح صحيح، ويجب مهر المثل.

وهذا الحكم مبني على أصلهم من أن الصداق عقد منفصل عن عقدة النكاح؛ فلا يؤثر فساد الأول على الثاني، وفي ذلك يقول الإمام الشافعي –رحمه الله–"في عقد النكاح شيئان؛ أحدهما العقدة، والآخر المهر الذي يجب بالعقد، فلا يفسد العقد إلا بما وصفنا العقد يفسد به من أن يعقد منهيا عنه، وليس المهر من إفساد العقد ولا إصلاحه بسبيل"[5]

كما استدلوا بالقياس، فقاسوا نفي المهر على نكاح التفويض بجامع خلوهما من المهر، ولأن القصد من النكاح الوصلة والاستمتاع دون الصداق[6]، أي أن الصداق غير مقصود أصالة في عقد النكاح، وبذلك يصح العقد ويجب المهر.

1- الجامع لإختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية: أحمد موافي. دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط2، 1995،1416، 623/2.

2-مختصر الطحاوي 181، البناية 141/5.

3-الأم 238/10.

4-كشاف القناع 135/5، الإنصاف 165/8.

5-الأم نفسه.

6-المغني 46/8.

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح:

ويرجع سبب اختلافهم في هذه المسألة إلى كون المالكية اعتبروا الصداق ركنا في عقد النكاح، أو على الأقل شرط صحة؛ وبالتالي يكون نفي الصداق مفسدا للعقد، في حين أن الجمهور يعتبرون الصداق واجبا شرعيا منفصلا، ويلحظ هذا في مؤلفاتهم؛ فيجعلون كتابا للنكاح ثم بعده كتابا للصداق، بينما المالكية يذكرون الصداق ضمن الأركان أو شروط الصحة.

وبعد النظر في أدلة الفريقين يتبين أن القول الأرجح هو أن النكاح فاسد يفسخ قبل الدخول وبعده، ولا يخفى مافي هذا من الزجر والردع للمتلاعبين بأحكام الدين، وأحكام هذا الميثاق الغليظ، ولأن العقد الذي يبدأ بمخالفة الشرع من أول أمره لأن يفسخ خير من يمضي.

كما تجدر الإشارة إلى أنه بعد فسخ هذا النكاح يمكن للعاقدين أن يعودا ويعقدا عقدا صحيحا موافقا لما أمر الله به ورسوله.

أما القول بإمضاء العقد بمهر المثل فلا يخفى أن فيه ممالأة على ارتكاب مثل هذه التلاعبات؛ فالمتلاعب بأحكام الشرع إذا لم يجد زجرا وعقوبة عن أفعاله قد يمهد له ذلك لاقتراف آثام أشد خطرا، وأعظم جرما.

ثم إن هذين العاقدين قد لا يقبلان بمهر المثل، أولا يقبل أحدهما بذلك، فيفضي ذلك إلى التراع والخلاف الذي يقضي على السكينة والسعادة المرجوة من هذا العقد.

ولقد اختار القول بفساد العقد شيخ الإسلام ابن تيمية، وبين أن أدلة الجمهور غير صحيحة؛ فقياس نفي المهر على المفوضة قياس مع الفارق؛ لأن المهر في المفوضة موجود لكنه غير مسمى فقط، أما في مسألتنا فمعدوم، ولا يخفى الفرق بين الموجود والمعدوم.

أما قولهم بأن الصداق غير مقصود في النكاح، فيرد عليه أن الفروج لا تستباح إلا بالمهور، كما استأنس ابن تيمية بقوله تعالى: ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِيٓ أَزْوَٰجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ ﴾الأحزاب: ٥٠. "[1].

1 -مجموع الفتاوى 29/342- 344.

المبحث الرابع:حكم وجه الشغار ومركبه:

جاء في حديث رسول الله ﷺ النهي عن الشغار، وصورته: "أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته، ليس بينهما صداق"، وأجمع العلماء على أن الشغار لا يجوز ابتداء، واختلفوا في حكمه إذا وقع هل يصح بمهر المثل أم لا؟

كما اختلفوا في صور أخرى منه: وهو ما يسمى وجه الشغار، ومركبه.

ووجه الشغار هو أن يسمى لكل واحدة منهما صداقا، ومركب الشغار: أن يسمى لواحدة دون الأخرى[1]، كل ذلك مع كون زواج إحداهما شرطا لزواج الأخرى.

فمثال وجه الشغار أن يقول الرجل: أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك بمائة، ومركبه أن يقول الرجل:أزوجك ابنتي بمائة على أن تزوجني ابنتك دون مهر.

وفيمايلي رصد لمذاهب الفقهاء في حكم وجه الشغار ومركبه، وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى أن وجه الشغار يفسخ قبل الدخول، وليس للمرأة شيء، ويثبت بعده بالأكثر من الصداقين: المسمى، أو صداق المثل.

أما مركب الشغار فتعطى المسمى لها فيه حكم وجه الشغار؛ فيفسخ نكاحها قبل الدخول، ويثبت بعده بالأكثر من الصداقين: مهر المثل أو المسمى، وغير المسمى لها تعطى حكم صريح الشغار؛ فيفسخ نكاحها أبدا قبل الدخول وبعده[2].

كما يروى في المذهب آراء أخرى؛ فذهب القاضي عبد الوهاب إلى أنه إن سمى لهما، أو لإحداهما صح في التي سمى لها المهر ووجب صداق المثل[3].

كما ذكر ابن العربي قولا بأن النكاح يثبت بعد الدخول في مركب الشغار[4].

1-شرح حدود ابن عرفة 260/1-261.

2- الشرح الكبير 307/2، 308، المنتقى 309/3، 310، النوادر و الزيارات 451/4، مدونة الفقه المالكي وأدلته 583/2، الفقه المالكي في ثوبه الجديد 557/3.

3-المعونة 503/1.

4-عارضة الأحوذي 54/5.

واستدل المالكية لما ذهبوا إليه بمايلي:

1- **من السنة:** مارواه أبو هريرة ﷺ مرفوعا: "والشغار أن يقول الرجل للرجل: زوجني ابنتك وأزوجك ابنتي، أو زوجني أختك وأزوجك أختي"[1].فعلق الشغار على تشريك البضع، و لم يذكر إسقاط الصداق؛ فدل على أن التشريك هو علة الفساد.

2- **قول الصحابة:** وهو أن العباس بن عبيد الله أنكح عبد الرحمن بن الحكم ابنته، وأنكحه عبد الرحمن ابنته، وكانا جعلا صداقا، فكتب معاوية ﷺ إلى مروان فأمره أن يفرق بينهما، وقال في كتابه: هذا الشغار الذي نهى عنه رسول الله ﷺ [2].

3- **من المعقول:** لأنه في وجه الشغار جعل بضع كل واحدة من البنتين ملكا للزوج الذي تزوجها والبنت الأخرى، ملك الزوجُ بالنكاح، وملكت الأخرى لأنه بعض مهرها، وهذا يمنع صحة النكاح.

أما في مركب الشغار فالتي سمي لها اجتمع فيها ما يصلح مهرا مع ما لا يصلح مهرا؛ فكان حكمه الفسخ قبل الدخول والثبات بعده، أما التي لم يسم لها مهر ففساد النكاح لفساد عقده؛ لذلك يفسخ مطلقا قبل الدخول وبعده[3].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب الجمهور من: الحنفية، والشافعية في الأظهر، والحنابلة في المذهب، إلى أنه إن ذكر صداقا بينهما صح النكاح، وفيما يلي تفصيل أقوالهم:

اشترط الحنفية لفساد النكاح أن يذكر أن بضع كل منهما صداق للأخرى، فإن لم يذكر هذا القيد فالنكاح صحيح و لم يكن شغارا[4].

1- أخرجه مسلم: كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه، برقم 3454، 205/9.

2- أخرجه أبو داود: كتاب النكاح، باب الشغار، برقم 2075، 633/1. وحسنه الألباني في إرواء الغليل 307/6.

3- المنتقى 309/3،310.

4- رد المحتار على الدر المختار 238/4، البناية 157/5.

وأما الشافعية: "فظاهر نص الشافعي في "المختصر": الصحة، وعلى ذلك اقتصر في النقل عن الشافعي من ينقل الخلاف من أهل المذاهب"[1]

والحنابلة قالوا: فإن سموا مهرا صح، قال المرداوي: وهو المذهب وعليه الأصحاب.

ورأى الخرقي أن لا يصح: ولو سمى لإحداهما مهرا، ولم يسم للأخرى شيء فسد نكاح من لم يسم لها صداق لا غير[2].

وعلى هذا يكون حاصل رأي الجمهور صحة هذين النكاحين.

ودليلهم على صحة النكاح:

1- **من السنة:** حديث ابن عمر ﵁ أن رسول الله ﷺ"نهى عن الشغار، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه ابنته وليس بينهما صداق"[3].

وجه الاستدلال: أن الحديث رتب النهي على نفي الصداق؛ فدل على أنه إن سمى صداقا صح. [4]

2- وعلل الحنفية النهي الوارد في الأحاديث بخلو المهر عن الصداق؛ فيصح بفرضه، ولأنه شرط فاسد؛ فلا يبطل النكاح به، بل يصح النكاح ويبطل الشرط.

كما حمل بعضهم النهي على الكراهة[5].

3- لأنه لم يشرك في البضع، ولا جعل المعقود عليه معقودا به، ويبطل الصداق لأن فساد الشرط راجع إليه فأسقط فيه ما قابله وهو مجهول؛ فصار باقيه مجهولا، والصداق المجهول يبطل ولا يبطل به النكاح، بخلاف البيع الذي يبطل ببطلان الثمن[6].

1- فتح الباري 163/9.

2- الإنصاف 100/8، كشاف القناع 93/5.

3- أخرجه: البخاري كتاب النكاح، باب الشغار، برقم 5112، 452/6. ومسلم:كتاب النكاح، باب: تحريم نكاح الشغار وبطلانه، برقم 3450، 203/9.

4- المغني 569/7.

5- البناية 5/ 157.

6- الحاوي 326/9.

المطلب الثالث: سبب اختلافهم والترجيح:

ويرجع اختلافهم في المسألة إلى اختلافهم في علة النهي عن الشغار، وذلك أنهم ذهبوا في التعليل مذاهب شتى، وحاصل ذلك أن العلة مقتصرة في ما يلي[1]:

1- التشريك في البضع.

2- أو تعليق أحد النكاحين على الآخر.

3- أو كون أحد العقدين سلفا من الآخر.

4- أو عدم الصداق، ولكن هذا الأخير مستبعد؛ لأنه لو كان كذلك لصح العقدان بفرض مهر المثل.

وعند النظر في العلل الثلاث الأول يظهر أن العلة الأشمل هي تعليق أحد النكاحين على الآخر، وهذا اختيار القفال[2] الشافعي، وعلق على ذلك الجويني[3] بأنها طريقة حسنة منقاسة، وأنها أحسن الطرق في المعنى[4].

وعليه فالنكاح يفسد إذا كانت الصيغة (زوجتك موليتي على أن تزوجني موليتك) سواء ذكرا صداقا لهما أو لإحداهما، أو لم يذكرا مطلقا، وقد يرجح هذا التعليل بالتعليق أن فيه معنى الشرط المفسد للعقد.

وإلى القول بالفساد مال بن قدامة؛ جمعا بين الأدلة، وفي هذا يقول: "وعلى أنه قد أمكن الجمع بينهما، بأن يعمل بالجميع، ويفسد النكاح بأي ذلك كان"[5].

وإذا تقرر هذا؛ فيكون وجه النكاح ومركبه فاسدين مفسوخين على هذا الاعتبار.

1-بداية المجتهد 97/3، مناهج التحصيل 280/3، مجموع الفتاوى 159/32.

2- هو: أبو بكر محمد بن علي بن إسماعيل، القفال الشاشي، نسبة إلى الشاش، وهي مدينة ببلاد ماوراء النهر، أخذ عن ابن سريج والطبري، من مؤلفاته: شرح رسالة الشافعي، توفي (336هـ) وقيل (365هـ). ترجمته: (وفيات الأعيان 200/4، طبقات الفقهاء 112، معجم تراجم 277).

3-هو: أبو المعالي، عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجويني، المعروف بإمام الحرمين، من أعلم أصحاب الشافعي، جاور بمكة أربع سنين وبالمدينة، يدرس ويفتي، تولى الخطابة بالمدرسة النظامية، من مؤلفاته: نهاية المطلب، البرهان في أصول الفقه، الإرشاد في أصول الدين، توفي(478هـ). ترجمته:(سير أعلام النبلاء 468/18، وفيات الأعيان 167/3، معجم تراجم 27).

4-نهاية المطلب في دراية المذهب:إمام الحرمي الجويني، تحقيق: عبد العظيم الديب، دار المنهاج، جدة، المملكة العربية السعودية،ط1، 1428هـ،2007م، 399/12.

5-المغني: 569/7.

المبحث الخامس:الحكم إذا طلبت المفوضة مهرا

اتفق الفقهاء على أن نكاح التفويض جائز؛ وذلك أن يعقد النكاح دون ذكر الصداق[1]، لقوله تعالى ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً ﴾البقرة: ٢٣٦، لكنهم اختلفوا إذا طلبت المرأة المفوضة مهرا، واختلف الزوجان في ذلك، وفيما يلي مذاهبهم وتعليلاتهم:

المطلب الأول:مذهب المالكية وما استدلوا به:

ذهب المالكية[2] إلى أنه إذا طلبت الزوجة المفوضة مهرا واختلفا في القدر، فإن الزوج بين خيارات ثلاثة:

الأول: أن يطلق ولا يفرض، ولا شيء عليه إذا لم يدخل بها.

الثاني: أن يفرض ماتطلبه الزوجة.

الثالث: أن يفرض لها مهر المثل ويلزمها به.

وعللوا لما ذهبوا إليه بأن الزوج قد ملك الاستباحة بالعقد؛ فليس عليه أكثر من بذل قيمة البضع، أما عدم اعتبار رضاها لأنها ملكته الاستباحة قبل التسمية؛ فكان ذلك رضا منها بفرضه أو بقيمة بضعها[3].

المطلب الثاني:مذهب الجمهور وما استدلوا به:

وذهب الجمهور من: الحنفية[4] والشافعية[5] والحنابلة[6] إلى أن المفوضة إذا طلبت مهرا وجب على الزوج الفرض، وإذا امتنع أجبره القاضي على ذلك.

1-بداية المجتهد 61/3.

2-مناهج التحصيل 482/3، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير 315/2، القوانين الفقهية154.

3-المعونة 508/1.

4-بدائع الصنائع 275/2، البناية 145/5.

5-الإشراف على مذاهب أهل العلم: أبو بكر بن المندر، تقديم: عبد الله البارودي، دار الفكر، بيروت، لبنان، (د،ط)، 1414هـ ،1993م، 54/1.

6-المغني 54/8.

وذهب الشافعية في الجديد، والحنابلة إلى أن المقدار الواجب فرضه هو مهر المثل، أما الحنفية فاكتفوا بوجوب الفرض و لم يصرحوا بمقدار ما يجب فرضه.

وتعليل ما ذهبوا إليه من فرض مقدار مهر المثل، هو أن فرض أقل منه يعتبر ميلا على المرأة وظلما لها، كما أن فرض أكثر من مهر المثل هو ميل على الرجل و إجحاف في حقه[1].

المطلب الثالث:الترجيح:

يظهر مما سبق من عرض لمذاهب الفقهاء أن موضع انفراد المالكية هو إثباتهم الخيار للزوج بالطلاق، وعدم الفرض، وهذا الخيار ينبغي أن لا يثبت ابتداءا للزوج، بل المفروض أن يجعل كآخر حل؛ لأنه كما قيل "آخر الدواء الكي"[2]، ولأن هذه المرأة التي جعلت زوجها محل ثقتها، و لم تناقشه في أمر صداقها ابتداءا، ينبغي على الزوج أن يقابل هذا الفضل منها بفضل آخر، وهو أن يفرض لها صداق مثلها، أما أن يطلقها ولا يفرض لها؛ فلا يخفى مافي هذا من اللؤم وسوء الطبع وقلة الوفاء.

وعلى هذا فالأرجح هو قول الجمهور، من أنه يفرض لها صداق مثلها، و يجبر على ذلك من يأباه.

1-المصدر السابق.

2- هو من كلام بعض الناس، وليس بحديث (المقاصد الحسنة للسخاوي 23، كشف الخفاء للعجلوني 14/1).

المبحث السادس: حكم ما يعرض للصداق من تغير قبل الطلاق

اتفق الفقهاء اتفاقا مجملا على أن الزوجة تستحق نصف المهر إذا طلقها زوجها قبل الدخول بها[1]؛ لقوله تعالى: ﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾البقرة: ٢٣٧، وجرت العادة أن الزوج يدفع المهر للمرأة كاملا قبل الدخول، وقد يحدث له تغير من غير فعل أحد منهما، إما بزيادة أو نقص أو غيرها، فما مدى تأثير هذا التغير على شطري الزوجين في حالة الطلاق قبل الدخول؟، ففي هذه المسألة اختلف الفقهاء، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول:مذهب المالكية ومستندهم:

ذهب المالكية إلى أن الزوجين شريكان في المهر في هذه المرحلة (بعد العقد وقبل الدخول)، وأن الزيادة لهما والنقص عليهما[2].

واستند المالكية في ذلك إلى أن ملكها للمهر غير مستقر قبل الدخول؛ فلو كان ملكها للمهر مستقرا لم يجز أن يبطل بعد استقراره، ولا أن يطرأ عليه ما يبطله كما لو دخل.

وقد ثبت أنها لو ارتدت أو اختارت نفسها بالعتق قبل الدخول لم تستحق شيئا، أصله لو طلقت قبل الدخول لملكت النصف دون الجميع، فدل ذلك على أن ملكها له غير مستقر، وأنه يستقر بالدخول أو الموت[3].

المطلب الثاني:مذهب الجمهور ومستندهم:

ذهب الجمهور إلى تفصيل التغيير الحادث إلى زيادة ونقصان، ثم فصلوا كلا منهما إلى متصل ومنفصل، وفيما يلي عباراتهم من كل مذهب لتتضح آراؤهم.

ففي مذهب الحنفية "إن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل؛ فللزوج عليها نصف القيمة يوم سلم إليها الصداق في قول أبي حنيفة وأبي يوسف[4]؛ لأن هذه الزيادة لم تكن موجودة عند العقد ولا عند القبض؛ فلا يكون لها حكم المهر، وقال محمد بن الحسن: للزوج نصف المهر

1-بداية المجتهد 59/3.

2-بداية المجتهد 60/3، الكافي :ابن عبد البر 251، عقد الجواهر 483/2.

3-المعونة 501/1، الإشراف 716/2.

4-هو: يعقوب بن إبراهيم من حبيب، علامة محدث فقيه، أول من لقب بقاضي القضاة، ولي القضاء للهادي والمهدي والرشيد، تفقه بأبي حنيفة، وهو أنبل تلاميذه ، من مؤلفاته:الخراج، آداب القاضي، الجوامع، توفي (182هـ)،ترجمته:(الجواهر المضية 611/3، تذكرة الحفاظ 214/1، سير أعلام 535/8).

مع نصف الزيادة لظاهر قوله تعالى﴿ فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ ﴾البقرة: ٢٣٧، وإن كانت الزيادة المتولدة عن الأصل منفصلة؛ فللزوج نصف قيمة الأصل، وبه قال ثلاثة الحنفية، وإن كانت الزيادة غير متولدة عن الأصل؛ فإن كانت هذه الزيادة متصلة بالأصل، فإنها تمنع التنصيف، وعلى المرأة نصف قيمة الأصل، وإن كانت الزيادة غير المتولدة عن الأصل منفصلة؛ فالزيادة كلها للمرأة ويتنصف الأصل في قول أبي حنيفة، وتتنصف الزيادة مع الأصل عند الصاحبين.

أما في النقصان الفاحش؛ فالمرأة مخيرة بين أخذ نصف المهر الناقص، وبين أخذ نصف قيمته يوم العقد؛ لأن المهر مضمون على الزوج بالعقد، والأوصاف لا تضمن بالعقد؛ لعدم ورود العقد عليها موصوفا؛ فلا تضمن في حقها، وإنما يضمن الأصل لورود العقد عليه". (1)

وفي مذهب الشافعية: "أن النقصان المحض يوجب الخيار بعد الطلاق؛ فالزوج يخير بين نصف قيمة السليم، فإن رجع إلى عين الصداق فعليه أن يقنع بالمعيب، والزيادة المحضة إن كانت منفصلة فهي لها، ولاحق للزوج فيها، وإن كانت الزيادة متصلة خيرت الزوجة بين أن تغرم له نصف قيمة المهر أو نصف العين مع الزيادة؛ فإن اختارت الثاني أجبر الزوج على قبوله" (2).

وفي مذهب الحنابلة: "إن كانت الزيادة متميزة فهي لها ورجع عليها بنصف الأصل، وإن كانت غير متميزة فهي بالخيرة أن تدفع له نصف القيمة يوم العقد، أو نصف الصداق زائدا، وإن نقص الصداق فإن كان النقصان متميزا رجعت بنصف الباقي ونصف التالف، أو مثل نصف التالف، وإن كان النقص غير متميز (كشاب أصبح شيخا)؛ فالزوج بالخيار، إن شاء أخذ نصف القيمة يوم أصدقها، أو أخذ نصف الباقي"(3).

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح:

ويرجع سبب اختلافهم فيما ذكره ابن رشد إلى كون المرأة هل تملك الصداق قبل الدخول أو الموت ملكا مستقرا أم لا؟؛ فمن قال: لا تملكه ملكا مستقرا قال: هما فيه شريكان، ما لم تتعدّ

1-بدائع الصنائع 2/298-303. الفقه الإسلامي وأدلته 7/303،304.

2-الوسيط: 3/209،208.

3-المغني 8/32، الإنصاف 8/263 فما بعدها.

فتدخله في منافعها، ومن قال تملكه ملكا مستقرا والتشطير حق واجب، تعين عليها عند الطلاق وبعد استقرار الملك-أوجب الرجوع عليها بجميع ما ذهب عندها"[1]

والملاحظ أن كل الأقوال السابقة تفتقر إلى الأدلة، وما استندوا إليه هو مجرد استئناسات، ولذلك فالترجيح في مثل هذه الحالة التي لم يرد فيها دليل خاص يكون بالاحتكام إلى القواعد العامة للشريعة؛ التي تهدف إلى ترسيخ قيم العدالة والإنصاف في حل التراعات والخلافات.

وفي مسألتنا؛ حيث المهر لم يستقر كاملا في ملك أحد الزوجين قبل الدخول؛ فيكون بذلك شركة بينهما، وإذا ثبت هذا كان النقص عليهما، والزيادة لهما، وفي هذا تحقيق لقيم التعاون والتكافل؛ من جعل الزوجين في مثل هذه الحالة شريكين في المغنم والمغرم. [2]

وعلى ضوء ما ذكرته، يتبين لي رجحان رأي المالكية.

1-بداية المجتهد 60/3.

2-الفقه الإسلامي وأدلته 304/7

المبحث السابع: اختلاف الزوجين في قدر أو صفة الصداق قبل الدخول:

اختلف الفقهاء في حالة ما إذا تنازع الزوجان في قدر الصداق أو في صفته قبل الدخول، و لم يظهر صحة قول أحدهما ببينة، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى أن الزوجين يتحالفان ويتفاسخان[1]،ثم اختلف المذهب في أي الحالات يكون التفاسخ على مايلي:

أنهما يتفاسخان في حالة ما إذا أتيا بما يشبه، أو لم يأتيا بما يشبه، أما إن أتى أحدهما بما يشبه فالقول قوله بيمينه، فإن نكل حلف الآخر ولا يفسخ.

وهذا القول رواية عن مالك[2]، وصوبه المواق[3].

وذكر الخرشي[4] أنه لا ينظر إلى دعوى الأشبه منهما أو من أحدهما، وتعقبه العدوي[5].

كما حصر ابن القصار التحالف والتفاسخ قبل الدخول في حالة إذا أتيا جميعا بما لا يشبه؛ مثل أن يكون صداق المثل ألفا، وتقول هي: ألفين، ويقول الزوج خمسمائة[6].

وفي حالة التحالف تبدأ المرأة باليمين لأنها أقوى سببا؛ لأن الأصل معها، وهو أن بضعها غير مملوكة عليها إلا بما تقر به، أو يثبت ذلك لمدعيه عليها[1].

1- النوادر والزيارات 481/4، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 333/2، مدونة الفقه المالكي وأدلته 605/2.

2-بداية المجتهد 65/3.

3-التاج والإكليل لمختصر خليل: المواق، مطبوع مع مواهب الجليل: الحطاب 224/5.

4-هو: محمد بن عبد الله الخراشي، المالكي، من البحيرة بمصر، تفقه باللقاني والأجهوري، وهو أول من تولّى مشيخه الأزهر، فقيه فاضل، له شرحان كبير وصغير –على خليل، وله الفرائد السنية شرح المقدمة السنوسية في التوحيد، توفي بالقاهرة (1101هـ) ، ترجمته: (شجرة النور 459/1، معجم تراجم 102).

5-الخرشي على مختصر خليل 298/3، والعدوي هو:أبو الحسن علي بن أحمد الصعيدي العدوي، إمام محقق وعمدة مدقق، له شروح وحواش مفيدة على الزرقاني وعلى الخرشي.توفي (1189هـ)، ترجمته: (شجرة النور 492/1، معجم تراجم 181).

6-عيون المجالس 1169/3.

ودليلهم على التفاسخ بعد التحالف، ما ورد في قوله ﷺ "إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع أو يترادان"[2] وروي "يتحالفان[3] ويتفاسخان" [4]

المطلب الثاني: مذهب الحنفية وأدلتهم:

مذهب الحنفية لخصه المرغيناني[5] في هدايته[6] فقال: "وأن الزوج إذا ادعى الألف والمرأة الألفين، فإن كان مهر مثلها ألفا، أو أقل فالقول قوله، وإن كان ألفين أو أكثر فالقول قولها، ...وإن كان مهرها ألفا وخمسمائة تحالفا، وإذا خلفا يجب ألف وخمسمائة، هذا تخريج الرازي[7]، وقال الكرخي[8] يتحالفان في الفصول الثلاثة، ثم يحكم بمهر المثل بعد ذلك"، وهذا قول أبي حنيفة ومحمد.

وذهب أبو يوسف إلى أن القول قول الزوج إلا أن يأتي بشيء مستنكر، والمستنكر قيل:أن يدعي أنه تزوجها على أقل من عشرة دراهم، وهو مستنكر شرعا، وقيل أن يدعي أنه تزوجها على أقل من مهر المثل، وصححه صاحب البدائع[9].

1-المعونة 511/1.

2-أخرجه: مالك في الموطأ: كتاب البيوع، باب بيع الخيار، برقم 2088، ص436، بلفظ مقارب. وأحمد: بألفاظ مقاربة عن ابن مسعود بأرقام 4445-4447 ، 445/7-447 .وحسنها الأرنؤوط، أبو داود: كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان والمبيع قائم ، برقم 3511، 307/2. الترمذي: كتاب البيوع، باب إذا اختلف البيعان، برقم 3511، 548/2. والنسائي: كتاب البيوع،باب اختلاف المتبايعين في الثمن برقم 6199، 74/6.

3-لفظ.التحالف: ذكر ابن حجر عن الرافعي:أنه لا ذكر لها في كتب الحديث، وإنما توجد في كتب الفقه. تلخيص الحبير 31/3.

4-الإشراف 574/2.

5-هو: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني، فقيه من فقهاء الحنفية، له كتابان مطبوعان بداية المبتدي، والهداية ، توفي (593هـ)، ترجمته: (الجواهر المضية 627/2، سير أعلام النبلاء 232/21).

6-البناية شرح الهداية 5/ 195.

7-هو: أحمد علي، أبو بكر الرازي المعروف بالجصاص، من أهل الري، فقيه حنفي، سكن بغداد، وتفقه بأبي سهل الزجاج والكرخي، من تصانيفه:شرح مختصر الطحاوي، شرح الجامع الصغير، توفي (370هـ)، ترجمته: (الجواهر المضية 220/1، معجم تراجم 68).

8-هو: عبيد الله بن الحسين، أبو الحسن الكرخي، انتهت إليه رياسة الحنفية ، من تصانيفه: شرح الجامع الصغير، شرح الجامع الكبير، وهما في فروع الحنفية، توفي (340هـ). ترجمته: (الجواهر المضية 493/2، سير أعلام 426/15، طبقات الفقهاء 142).

9-بدائع الصنائع 305/2.

واستدل أبو حنيفة ومحمد بأن القول في الشرع والعقل قول من يشهد له الظاهر، والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل، لأن الناس في العادات الجارية يقدرون المسمى بمهر المثل ويبنونه عليه لا برضا الزوج بالزيادة عليه، والمرأة وأولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه؛ فكانت التسمية تقديرا لمهر المثل[1].

المطلب الثالث: مذهب الشافعية وأدلتهم:

ذهب الشافعية إلى أن الزوجين يتحالفان عند عدم البينة، ولها مهر مثلها.

واستدلوا بما يلي:

1- **من السنة:** بقوله ﷺ" البينة على المدعي، واليمين على من أنكر"[2].

ووجه الاستدلال: أن كل واحد من الزوجين مدع ومدعى عليه؛ فإن الزوج يقول تزوجتك بألف وما تزوجتك بألفين، والزوجة تقول: تزوجتني بألفين، وما تزوجتني بألف، فلم يترجح قول أحدهما على صاحبه، وتساويا في الدعوى والإنكار فتحالفا.

2- **من القياس:** حيث قاسوها على ما لو تداعى رجلان دارا هي في أيديهما، وتساويا فيها و لم يترجح قول أحدهما على قول صاحبه بشيء تحالفا؛ كذلك اختلاف الزوجين عند تساويهما يوجب تحالفهما[3].

المطلب الرابع: مذهب الحنابلة وأدلتهم:

اختلفت الرواية عند الحنابلة ،فعندهم روايات ثلاث حكاها في الإنصاف[4]

الأولى: أن القول قول الزوج مع يمينه، وهي المذهب كما صرح المرداوي[5].

1-شرح فتح القدير 250/3.

2-أخرجه: الترمذي: كتاب الأحكام،باب ماجاء في أن البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه، بلفظ "...واليمين على المدعى عليه" ، برقم 1341، 19/3. وقال : في إسناده مقال. والبيهقي: كتاب الدعوى والبينات:باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه 252/10.

3-الحاوي 494/9، 495: تكملة المجموع 380/16، 381.

4-289/2.

5-هو: علي بن سليمان بن أحمد بن محمد، أبو الحسن علاء الدين المرداوي، نسبة إلى مردا (قرية بنابلس بفلسطين)، انتهت إليه رياسة المذهب الحنبلي، رحل إلى دمشق ثم القاهرة ثم مكة، من مؤلفاته: الإنصاف، وتحرير المنقول في تهذيب علم الأصول توفي (855هـ)، ترجمته: (الضوء اللامع 201/5: معجم تراجم 309).

الثانية: أن القول قول من يدعي مهر المثل منهما.

الثالثة: أنهما يتحالفان.

وخرّج تقي الدين بن تيمية قولا كقول المالكية.

وأدلة المذهب عندهم: أن الزوج منكر لما تدعيه عليه الزوجة من زيادة المهر[1]؛ فدخل في عموم قوله ﷺ "واليمين على المنكر".

المطلب الخامس: سبب الخلاف والترجيح:

قال ابن رشد في سبب اختلافهم:" واختلافهم مبني على اختلافهم في قوله عليه الصلاة والسلام:"البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، هل ذلك معلل أم غير معلل؟ فمن قال معلل: قال يحلف أبدا أقواهما شبهة، فإن استويا تحالفا وتفاسخا، ومن قال غير معلل. قال:يحلف الزوج لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق وتدعي عليه قدرا زائدا فهو مدعى عليه، وسبب اختلاف مالك والشافعي في التفاسخ بعد التحالف، والرجوع إلى صداق المثل، هو هل يشبه النكاح بالبيع في ذلك أم ليس يشبه؟ فمن قال يشبه به قال بالتفاسخ، ومن قال لا يشبه -لأن الصداق ليس من شرط صحة العقد- قال بصداق المثل بعد التحالف"[2].

وإنما ألحق المالكية الصداق بالثمن لأنهم يعتبرون الصداق ركنا في النكاح، أو شرط صحة؛ ولذا كان عندهم كالثمن الذي هو ركن في البيع، ولم يلحقه الجمهور بالثمن للفارق؛ حيث لا يعتبر الجمهور الصداق لا ركنا ولا شرط صحة في النكاح؛ ولذلك اختلفا.

ومما ذكر من أدلة يتبين أن العمل أولا يكون بمذهب الشافعية،من أنهما يتحالفان ويردان إلى مهر المثل، ويتم النكاح ولا شيء في ذلك، فإن لم يرض الزوجان أو أحدهما بمهر المثل فيتقرر حينها مذهب المالكية من الفسخ، سيّما وأن هذا كله يقع قبل الدخول، ولا يكون قد ترتب على العقد من الآثار الشيء الكثير.

1-كشاف القناع 154/5.

2-بداية المجتهد 66/3.

المبحث الثامن: اختلاف الزوجين في قبض الصداق بعد الدخول:

اتفق الفقهاء على أنه إذا اختلف الزوجان قبل الدخول في قبض الصداق، فإن القول قول المرأة[1]، واختلفوا في حالة ما إذا كان هذا الخلاف بعد الدخول، وكانا متفقين على قدره وجنسه، وفيمايلي آراؤهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية[2] -والحالة هذه-إلى أن القول قول الزوج مع يمينه، إن كان هناك عرف متقرر وغالب بدفع الصداق، وأن الزوج لا يمكن من الدخول إلا بإيفائه، وعلى هذا حمل المالكية إطلاق الإمام مالك-رحمه الله- الجواب في هذه المسألة ، لأن العرف كان كذلك عندهم بالمدينة، وإن كان موضعها لا عرف فيه متقرر فالقول قولها.

واستدلوا بمايلي:

1- **من القرآن:** بقوله تعالى: ﴿ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ الأعراف: ١٩٩ ، والعرف أصل يرجع إليه في اختلاف المتداعيين إذا لم يكن مايرجع إلى غيره، سيّما وأن العرف في أغلب البلاد الإسلامية على أن الصداق لا يتأخر قبضه عن البناء[3].

2- **من المعقول:** كما أنها عندما سلمت بضعها عُلِمَ أنها قبضت الصداق، لأن الأصل براءة ذمة الزوج مما تدعيه[4].

1-يستفاد ذلك من خلال مايلي من مصادر المذاهب في المسألة.

2-عيون المجالس 1151/3، الإشراف 2/ 717، المعونة 512/1، عقد الجواهر 486/2، بداية المجتهد 66/3، الذخيرة 381/4.

3-المنتقى 319/3،شرح الخرشي300/3.

4-الذخيرة382/4.

المطلب الثاني:مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب الجمهور من: الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن القول قول الزوجة مع يمينها سواء أكان الاختلاف قبل الدخول أم بعده.

واستدلوا بمايلي:

1- **من السنة:** قوله ﷺ "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[4].

وجه الاستدلال: أن الزوج مدع إيفاءها حقها فكلف البينة، والزوجة منكرة؛ فكلفت اليمين.

2- **من المعقول:** كما أن من ثبت في ذمته حق لغيره، لم يقبل قوله في دفعه إلا ببينة، كالديون[5].

المطلب الثالث:سبب الخلاف والترجيح:

الذي يبدو أن اختلافهم راجع إلى تحديد من هو المدعي ومن هو المنكر في المسألة؟

فالمالكية اعتبروا الزوجة هي المدعي، فهي المدعية عدم القبض، وهذا لأنهم اعتبروا أن الأصل والعرف يقضيان بأن الزوج لا يمكّن من الدخول إلا بعد إيفائها حقها، فلذلك رجحوا جانب الزوج بهذا الاعتبار، وجعلوا القول له على أنه منكر.

في حين أن الجمهور اعتبروا الزوج هو المدعي؛ حيث إنه ادعى أنه أقبضها صداقها، فلما لم يقم بينة على قوله، كان القول قول الزوجة لأنها منكرة.

والذي أرى أنه الأقرب للصواب، والذي يجري به العرف هو رأي المالكية، إلا إذا تغير العرف فيمكن للحكم أن يتغير.

لكن أقول بأن مثل هذه الخلافات يمكن تجنبها ابتداء عند إقامة الإشهاد على استيفاء هذه الحقوق؛ حسما للخلاف والنزاع الذي قد ينشب، فيؤثر على العلاقة الزوجية والميثاق الغليظ الذي أخذه كل واحد من الزوجين على الآخر.

1- مختصر الطحاوي184،185.

2-الأم 242/10، الحاوي500/9، تكملة المجموع 384/16.

3-المغني 40/8،كشاف القناع 155/5،الإنصاف 293/8.

4-سبق تخريجه.

5-الحاوي 501/9، تكملة المجموع نفسه، المغني نفسه.

المبحث التاسع: الحكم إذا تجهزت المرأة بالصداق، وطلقها قبل البناء

كما سبق وأن علمنا أن الفقهاء متفقون –إجمالا– على وجوب تشطير المهر إذا طلق الزوج زوجته قبل البناء بها، ورأينا حكم التغيير الواقع على الصداق إذا كان بخارج عن تصرف كل من الزوجين.

لكن إن تصرفت المرأة في هذه المرحلة في المهر فتجهزت به؛ بأن اشترت الطيب والخادم وما يصلحها لزوجها، ثم طلقها قبل البناء، ففي هذه الحالة اختلف الفقهاء فيما يعود الزوج به عليها، هل يعود بنصف قيمة ما أعطاه لها، أم بنصف ما صار عليه المهر من جهاز، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية[1]، إلى أنه إذا قبضت الصداق فاشترت به شيئا من مصلحتها أو مصلحة زوجها مما جرى العرف به في موضعها بأن تتجهز المرأة به لزوجها، ثم طلقت قبل الدخول، فله نصف ما ابتاعه ولا يلزمها أن تغرم له نصف ما أعطاها عينا.

وأدلتهم على ذلك مايلي:

1- **من القرآن:** قوله تعالى﴿ وَأْمُرْ بِٱلْعُرْفِ ﴾ الأعراف: ١٩٩ ، ، يدل على أن العرف معتبر في مثل هذه القضايا، والعرف جار بأن المرأة تتجهز بمهرها قبل الدخول.

2- **من السنة:** فعله ﷺ أنه أخذ صداق فاطمة –رضي الله عنها–، فصرفه في جهازها من طيب وفراش ووسادتين، على ما روي في الخبر[2]، وفعله محمول على الوجوب.

1-المدونة 230/2. عيون المجالس 1163/3، بداية المجتهد 60/3، الذخيرة 364/4، عقد الجواهر 483/2، مناهج التحصيل 476/3.

2-أخرج البيهقي قريبا منه: كتاب الصداق، باب:المرأة تصلح أمرها للدخول بها.254/7، بلفظ "أكثروا الطيب لفاطمة فإنها من النساء"، وأخرج الحاكم عن علي ﷺ :قال:"جهز رسول الله ﷺ فاطمة رضي الله عنها–في خميل وقربة ووسادة من أدم حشوها ليف" المستدرك 231/2 ووافقه الذهبي.

3-**قول الصحابة:** ماقضى به علي ﷺ؛ حيث حكم في قضية ارتفع إليه فيها؛ فقضى على الأب بوجوب تجهيز ابنته، وقال للزوج لما طلق وطلب نصف ما دفعه وقال: أعطيت دراهم وآخذ صوفا وخرقا، فقال علي ﷺ : أنت أضعت مالك"[1]، و لم يخالفه في ذلك أحد[2].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب الجمهور من: الحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، إلى أن المرأة تغرم نصف ما أخذت منه قيمة.

وتعليلهم لمذهبهم بأن المرأة مالكة للصداق يوم العقد، وضامنة له يوم وقع القبض، فإن طلقها فنصفه قائما، أو قيمة نصفه مستهلكا[6].

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح:

والذي يبدو أن الخلاف في المسألة مبني على اختلافهم في وجوب التجهز على المرأة بمهرها[7]، فالمالكية يرون وجوب التجهز على المرأة بمهرها، ولذلك فإذا قامت بهذا الواجب ثم طلقها الزوج قبل البناء فليس له إلا نصف ما اشترته، لأنه لا يصلح تغريم أحد أثناء قيامه بالواجب على الوجه المشروع.

1-الأثر أورده القاضي عبد الوهاب البغدادي في كتابيه: المعونة، والإشراف، و لم أعثر على من أخرجه، فيما بين يدي من كتب السنة والآثار، وكذا ذكر محقق الإشراف: الحبيب بن طاهر، بأنه لم يعثر له على تخريج.

2-المعونة 501/1، الإشراف 722/2.

3-مختصر الطحاوي 187، الفتاوى الهندية، للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند.دار الفكر، بيروت، لبنان، (د،ط) ، 1411هـ،1991م، 315/1.

4-الأم 209/10.

5-المغني 37/8، الإنصاف 267.

6-الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 321/2، 322.

7- المصدر نفسه.

أما الجمهور فأوجبوا الجهاز على الزوج، ولذلك فإذا اشترت الزوجة الجهاز بصداقها قبل الدخول، فهي تعتبر متصرفة في جزء لا تملكه، وعليها أن تغرم نصف قيمته لأنها ضامنة له.

كما يمكن إرجاع الخلاف إلى اختلافهم في مدى تملك الزوجين للمهر بعد العقد وقبل الدخول؛ حيث ذهب المالكية إلى أنه شركة بينهما، ولذا كانت الزيادة-آنذاك- لهما، والنقص عليهما.

وبعد النظر في ما استند إليه الفريقان تبين مايلي:

1- استدلال المالكية بفعل النبي ﷺ غير مسلّم، ولا دلالة فيه على محل الخلاف، ولا يصح الاستدلال به في مسألتنا هذه؛ لكون دلالة فعله ﷺ على الوجوب محل خلاف، فضلا على أن الخبر لم تكن فيه دلالة على حالة الطلاق، لا قبل الدخول ولا بعده.

2- استدلال المالكية بالأثر عن علي رضي الله عنه نص في المسألة، لكن لا نستطيع بناء العمل عليه، لكونه غير مخرج في كتب الآثار، لكنه او ثبت، لكان هو الدليل الظاهر في المسألة.

و لم يبق من أدلة المالكية إلا الآية، وهي ترشد إلى تحكيم العرف، وهو الذي أرى أن يرجع إليه، وما نراه في أعرافنا اليوم أن المرأة تتجهز بما يعطى لها من مهر؛ بل تزيد عليه، كما أن الأزواج عند دفع المهور يعلمون ما سيؤول المهر إليه من جهاز.

ولأنه من المتقرر غي القواعد الشرعية أن الجواز الشرعي ينافي الضمان؛ فمن تصرف على وفق ضوابط الشرع لم يكن ضامنا لما يترتب على ذلك من نتائج.

ولذلك إذا طلق الزوج زوجته قبل الدخول، فليس له أن يغرمها نصف القيمة، بل يأخذ حقه على ما آل إليه المهر، وبهذا يتبين لي أن الراجح هو رأي المالكية.

المبحث العاشر:حكم عفو الولي عن نصف مهر موليته حال طلاقها قبل الدخول:

اتفق الفقهاء[1] اتفاقا مجملا على أن الزوجة إذا طلقت قبل الدخول فإنها تستحق نصف المهر المسمى، كما استحبوا لكلا الطرفين (الزوج والزوجة) أن يعفو أحدهما للآخر عن نصفه المقرر له، إظهارا للوفاء والإحسان.

غير أنهم اختلفوا في حكم عفو الولي –والأب خاصة- عن نصف مهر ابنته للزوج بين مجيز ومانع، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى أنه يجوز للأب الرشيد أن يعفو عن نصف مهر ابنته البكر إذا طلقت قبل الدخول، والحكم نفسه للسيد في أمته[2].

واستدلوا لذلك بمايلي:

1- **من القرآن:** بقوله تعالى﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ البقرة: ٢٣٧.

وجه الاستدلال:تدل الآية على أن المقصود بالخطاب في قوله:"أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح"، هو الولي من وجوه، أهمها:

أ- أن الخطاب كان ابتداء للأزواج "وإن طلقتموهن"،وقوله تعالى"أو يعفو.." كناية للغائب، فيجب أن يكون المراد به غير الأزواج.

ب- قوله تعالى"أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح"، يفيد أن يكون الذي بيده في الحال، والزوج ليس بيده بعد الطلاق شيء، ولا ينصرف المعنى للزوج إلا بتقدير محذوف"كان" فيقول: "أو يعفو الذي كان بيده عقدة النكاح"، وهذا مجاز، والأول حقيقة، والأولى حمل اللفظ على الحقيقة دون المجاز.

ج- ولأن الأصل في العطف بـــ"أو" للتشريك في المعنى، ولما كان قوله"إلا أن يعفون" يراد به الإسقاط، فيكون"أو يعفو الذي..." كذلك إسقاطا، ولا يتحقق إلا إذا اعتبرناه الولي، كما أن إعطاء الزوج الصداق لا يسمى عفوا وإنما هو إعطاء.

1-بداية المجتهد 59/3.

2-الموطأ، مالك ابن أنس.دار ابن حزم، بيروت-لبنان،ط1، 1426هـــ، 2005م، ص338، النوادر والزيادات 497/4، الكافي 254، عيون المجالس 1155/3، جامع الأحكام الفقهية 273/2، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 327/2.

د- أن الله تعالى ندب العفو من الطرفين؛ فندب العفو من الزوجات الرشيدات بقوله"إلا أن يعفون"، ومن غير الرشيدات عن طريق أوليائهن بقوله"أو يعفو الذي بيده النكاح"، وللأزواج بقوله" وأن تعفو أقرب للتقوى"

هــ- كما أن حمل الذي بيده عقدة النكاح على الزوج يؤدي إلى التكرار في الآية، لأن الله تعالى خاطب الأزواج بعد ذلك بقوله"وأن تعفو أقرب للتقوى"، وحمل الكلام على زيادة الفائدة أولى من حمله على التكرار[1].

2- **عمل أهل المدينة**: قال مالك: وهذا الذي سمعت والذي عليه الأمر عندنا[2].

3- **المعقول**: فإنه لما جاز للولي المجبر إجبار ابنته البكر على الزواج، وهو تصرف في نفسها، فَلَأَنْ يثبت له التصرف في صداقها أولى[3]، سيما قد يكون العفو أحسن لاطلاع الولي على ذلك يرغب فيها من في وصلته غبطة عظيمة[4].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم:

وذهب الحنفية[5] والشافعية في الجديد[6]، والحنابلة في مشهور المذهب[7]، إلى أنه لا يجوز للولي العفو عن نصف صداق موليته عند طلاقها قبل الدخول.

واستدلوا بمايلي:

1- **من القرآن**: قوله تعالى: ﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِ ﴾ البقرة: ٢٣٧، والمقصود في هذا الخطاب هو الزوج؛ للأوجه الآتية:

1-الإشراف 718/2-719، المنتقى 287/3، الذخيرة 371/4 فما بعدها، التحريروالتنوير:محمد الطاهربن عاشور. الدار التونسية للنشر،تونس،المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر (د،ط)،1984، 463/2.

2- الاستذكار 117/16، المنتقى 287/3.

3-الإشراف 719/2، المنتقى 288/3.

4- الذخيرة 371/4

5-المبسوط 63/6، بدائع الصنائع 240/2.

6-الأم 250/10، تكملة المجموع364/16 فما بعدها.

7-المغني 69/8، الإنصاف 271/8، كشاف القناع 145/5.

أ- أن لفظ "عقدة" عبارة عن الأمر المنعقد، لما قد استقر عقده ونجز، والنكاح بعد العقد يكون بيد الزوج دون الولي.

ب- أن الذي يعفو هو المالك، والزوج هو المالك دون الولي، فاقتضى أن يتوجه الخطاب بالعفو إليه دون الولي.

ج- أن حقيقة العفو هو الترك، وذلك لا يصح إلا من الزوج، لأنه ملك بالطلاق أن يتملك نصف الصداق، فأما الولي فيكون عفوه هبة إن كان عينا، أو إبراء إن كان في الذمة، فصارت حقيقة العفو أخص بالزوج من حمله على المجاز في الولي.

د- أنه إذا توجه بالعفو إلى الزوج كان محمولا على عمومه في كل زوج مطلق، وإذا توجه إلى الولي كان محمولا على بعض الأولياء في بعض الزوجات، وحمل الخطاب على ما يوجب العموم أولى من حمله على ما يوجب الخصوص.

هـ- قوله تعالى:" وأن يعفو أقرب للتقوى" غير متوجه إلى الولي، لأن قربه من التقوى أن يحفظ مال من يلي عليه، لا أن يعفو عنه ويبرىء منه"[1].

وعلى التسليم بأن المقصود في قوله تعالى:"أو يعفو الذي بيده..." هو الولي، فإن يحمل على أن كانت إذ ذاك المهور للأولياء، ودليله قوله تعالى على لسان شعيب عليه السلام: ﴿ قَالَ إِنِّيٓ أُرِيدُ أَنۡ أُنكِحَكَ إِحۡدَى ٱبۡنَتَيَّ هَٰتَيۡنِ عَلَىٰٓ أَن تَأۡجُرَنِي ثَمَٰنِيَ حِجَجٖۖ ﴾ القصص: ٢٧، فشرط المهر لنفسه لا لابنته، ثم نسخ بالآيات التي نسبت المهر للمرأة كقوله تعالى: ﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗۚ ﴾ النساء: ٤[2]

2- **من السنة:** مارواه ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ:"ولي عقد النكاح الزوج"[3]، وهذا نص فلا محيد عنه.

ووجه الاستدلال: أن الحديث نص في محل التراع؛ فلا محيد عنه.

1- الحاوي513/9.

2 -بدائع الصنائع 290/2.

3-أخرجه :البيهقي:كتاب الصداق،باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج في باب عفو المهر 251/7،وقال: وهذا غير محفوظ، وابن لهيعة غير محتج به. والدار قطني:كتاب النكاح،باب: المهر،برقم 128، 279/3، والحديث ضعفه الألباني مرفوعا، وصحح وقفه على علي ﷺ ،الإرواء 354/6.

3- **إجماع الصحابة**: لما رواه شريح عن عليﷺ : أن الذي بيده عقدة النكاح الزوج[1].

ومارواه أبو سلمة عن جبير بن مطعم ﷺ أنه تزوج امرأة من بني فهر، فطلقها قبل الدخول بها، وأرسل إليها صداقها كاملا، وقال: أنا أحق بالعفو منها لأن الله تعالى يقول: ﴿إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ البقرة: ٢٣٧ [2]، ولم يعلم لهم مخالف فكان إجماعا.

4- **المعقول**: يدل المعقول على جواز عفو الولي عن نصف مهر وليته لأن المهر بدل بضعها، وبضعها ملكها وحقها؛ فكان المهر كذلك، وقد أضاف الله تعالى المهر إليهن بقوله﴿ وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ ﴾النساء: ٠٤

المطلب الثالث:مناقشة الأدلة:

تقدم استدلال الفريقين بالآية، وتبين من استدلال كل منهما مناقشة الفريق الآخر في استدلاله بالآية.

ويبقى من أدلة المالكية احتجاجهم بعمل أهل المدينة، ومعلوم أن هذا الأصل ليس بحجة عند الجمهور، خاصة وقد خالف قول علي وجبير بن مطعم ﷺ .

كما رد الجمهور على استدلال المالكية بالمعقول:

-بأن الأب لو ملك العفو لملكه غيره من الأولياء، ولو ملكه في البكر لملكه في الثيب، ولو ملكه قبل الدخول لملكه بعده... [3]

- أما ما استدل به الجمهور من الحديث المرفوع فرده المالكية بأنه ضعيف، وعلى فرض التسليم بصحته فهو ليس تفسيرا للآية؛ بل هو إخبار عن حال الزوج قبل الطلاق[4].

1-أخرجه:البيهقي:كتاب الصداق، باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج في باب عفو المهر، 7/ 251، والدار قطني كتاب النكاح، باب المهر، برقم 123، 278/3، وسبق أن الألباني صححه موقوفا، الإرواء 354/6.

2- أخرجه:البيهقي:كتاب الصداق، باب من قال الذي بيده عقدة النكاح الزوج في باب عفو المهر، 7/ 251، والدار قطني كتاب النكاح، باب المهر، برقم 124، 279/3.

3-الحاوي 513/9.

4-الذخيرة 371/4.

المطلب الرابع: سبب الخلاف والترجيح:

ذكر ابن رشد بأن سبب الخلاف هو الاحتمال الذي في قوله تعالى﴿ إِلَّآ أَن يَعۡفُونَ أَوۡ يَعۡفُوَاْ ٱلَّذِي بِيَدِهِۦ عُقۡدَةُ ٱلنِّكَاحِۚ ﴾ البقرة: ٢٣٧، وذلك في لفظ "يعفو" فإنها تقال في كلام العرب مرة بمعنى "يسقط" ومرة بمعنى "يهب"، وفي قوله " الذي بيده عقدة النكاح" على من يعود هذا الضمير:هل هو على الولي أو على الزوج؛ فمن قال على الزوج، جعل "يعفو" بمعنى "يهب"، ومن قال على الولي، جعل يعفو بمعنى يسقط[1].

ولقد اختار ابن تيمية أن المقصود بالخطاب هو الولي، وعليه يجوز للأب أن يعفو عن نصف الصداق الذي لابنته قبل الدخول، وقال "والقرآن يدل على صحة هذا القول، وليس الصداق كسائر مالها، فإنه وجب في الأصل نحلة، وبضعها عاد إليها من غير نقص"[2]وبه قال الزحيلي من المعاصرين[3].

وقد ذهب الشوكاني إلى أن كلا القولين فيه قوة من جانب وضعفا من جانب آخر، وانتهى إلى ترجيح رأي الجمهور[4]، وتبعه في ذلك صديق بن حسن القنوجي[5]، وإليه مال ابن رشد من المالكية[6].

والذي يظهر أن الأرجح هو قول المالكية؛ لأنه على هذا القول يشمل الخطاب كلا الطرفين: الزوجات البالغات، وغير البالغات عن طريق أوليائهن، والأزواج، أما رأي الجمهور فإن الخطاب يكون أقل شمولا؛ حيث يكون للزوجات البالغات وللأزواج فقط، ولا يدخل فيه الزوجات غير البالغات، ومعلوم أن حمل الخطاب على عمومه أولى من حمله على الخصوص؛ سيما و لم يثبت دليل آخر يخصص هذا العموم.

1-بداية المجتهد 61/3.

2-مجموع الفتاوى 26/32.

3-التفسير المنير في العقيدة والشريعة والمنهج: وهبة الزحيلي.دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ، 1991م، 386/2.

4-فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير: محمد بن علي الشوكاني، اعتنى به: يوسف غوش.دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط3، 1417هـ، 1997م، 322/1.

5-فتح البيان في مقاصد القرآن: أبو الطيب صديق القنوجي، إخراج: إبراهيم شمس الدين. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ،ط1، 1420هـ، 1999م،344/1. والمؤلف هو: محمد صديق خان بن حسن ، أبو الطيب، البخاري، القنوجي، عالم أمير، تعلم في دهلي، له مصنفات نافعة باللغة العربية وغيرها، توفي (1307هـ). ترجمته :(فهرس الفهارس 269/1، معجم تراجم 180).

6-بداية المجتهد نفسه.

الفصل الثالث: تفردات المالكية في الحقوق الزوجية.

تمهيد

المبحث الأول: حكم تنازع الزوجين في قبض النفقة.

المبحث الثاني: حكم نفقة زوجة الصبي البالغة.

المبحث الثالث: حكم إرضاع الأم لولدها.

المبحث الرابع: حكم خدمة المرأة لزوجها.

المبحث الخامس: كيفية القسم بين الحرة والأمة.

المبحث السادس: حكم العيب الحادث بأحد الزوجين بعد العقد.

المبحث السابع: الحكم إذا قدم المفقود وقد نكحت زوجته.

المبحث الثامن: مدى سلطان الحكمين في إيقاع الفرقة بين الزوجين.

المبحث التاسع: حكم الشروط الجعلية في عقد النكاح.

تمهيد:

جعلت الشريعة الإسلامية للزوجة حقوقا على زوجها، وأوجبت عليه أداءها، وجعلت للزوج حقوقا على زوجته، وأوجبت عليها أداءها، وإلى ذلك تشير الآية الكريمة: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِۚ ﴾ البقرة: ٢٢٨، كما أوجبت عليهما حقوقا تجاه ما يتفرع منهما وهو ولدهما.

ولحفظ حقوق كل من ذكرنا، بذل الفقهاء وسعهم ليضمنوا لكل طرف حقه بلا وكس ولا شطط، معتمدين في ذلك على ما أوتوه من فهم في نصوص الشرع، وما ألهمهم الله تعالى من تخريج المسائل والأحكام على ضوء مقاصد تلك النصوص.

ولما كانت مسالكهم وأفهامهم في ذلك مختلفة متعددة، نتج عن ذلك اختلافهم في أحكامهم، ومن خلال تتبعي لما خلفوه من آراء وأقوال في حقوق الزوجية، منتقيا في ذلك المسائل التي تفرد فيها المالكية قصد دراستها، والوصول إلى سبب الانفراد، وعلى ما تحلى به المالكية من براعة ودقة في الصنعة الفقهية، ألفيت تلك المسائل تسعا.

المبحث الأول: حكم تنازع الزوجين في قبض النفقة

اتفق العلماء على أن النفقة حق من حقوق الزوجة على الزوج؛ لقوله تعالى: ﴿ وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ﴾ البقرة: ٢٣٣، ولقوله ﷺ: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"[1][2]، واختلفوا إذا تنازع الزوجان؛ فقال الزوج بأنه دفع النفقة وقالت المرأة بنفي ذلك، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

فصّل المالكية في المشهور من المذهب، فقالوا: [3]

- إن كان الزوج غائبا ورفعت أمرها للحاكم فالقول قولها، وإن لم ترفعه فالقول قول الزوج.
- وإن كان الزوج حاضرا فالقول قوله في ادعائه قبضها النفقة.

كما يروى في المذهب قولان آخران:

الأول: أن القول قولها.

الثاني: أن القول قوله مطلقا.

ومستند القول المشهور: أن العادة الغالبة مؤشرة للظن بصدق الزوج[4] في حالة حضوره؛ لأنه لو لم ينفق عليها لم تقم معه، فكان ذلك شاهدا لصحة قول الزوج دونها.

أما حالة غيابه، فإن لم ترفعه للحاكم، أو تشهد على ذلك فهو دلالة على عدم تضررها من عدم النفقة، فإن رفعت أمرها للحاكم أو أشهدت على ذلك، فهو أمارة على صدقها، وعدم وصول النفقة إليها.

1- أخرجه مسلم: كتاب الحج، باب حجة النبي ﷺ، برقم 2941، 402/8.

2- بداية المجتهد 92/3.

3- النوادر والزيادات 604/4-607، المنتقى 127/4، عقد الجواهر الثمينة 603/2.

4- عدة البروق 337.

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من: الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة[3] إلى أن القول قول الزوجة مع يمينها، سواء كان الزوج حاضرا معها أم غائبا عنها.

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي[4]:

1- **من السنة:** بقوله ﷺ: "البينة على المدّعي واليمين على من أنكر"[5]

وجه الاستدلال: أن الزوج مدّع للنفقة؛ فيطالب بالبينة، والزوجة منكرة للنفقة؛ فيكون القول قولها مع يمينها عند عدم البينة.

2- **الإجماع:** و ثبت الإجماع على أن القول قولها قبل الدخول في مثل هذه المسألة، فكذلك يكون في المدخول بها.

3- **القياس:** قاسوا على البيع؛ فيما إذا اختلف المتبايعان في قبض الثمن، فإن القول قول البائع قبل القبض وبعده، فكذلك الحال في الاختلاف في قبض النفقة قبل الدخول وبعده.

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة

يمكن مناقشة أدلة الجمهور بما يلي:

1- الاستدلال بالحديث: في هذه الحالة يمكن اعتبار الزوجة هي المدّعية، والزوج هو المنكر؛ وذلك لأن الأصل أن الزوج إذا كان حاضرا مع زوجته أن ينفق عليها، فكان دعواها عدم النفقة دعوى تحتاج إلى بينة، فإن لم تثبت ذلك؛ فالقول قول الزوج مع يمينه لأنه المنكر لهذه الدعوى.

2- المساواة بين حالتي الدخول وعدمه هو استصحاب للإجماع على محل الخلاف، وهو محل نزاع بين العلماء، والجمهور من الحنفية والمالكية والحنابلة على أنه لا يجوز الاستدلال به؛ لأن انعقاد الإجماع على صفة، لا يستلزم الإجماع على صفة أو حال أخرى[6].

1- المبسوط 206،207/5.
2- الحاوي 447/11، تكملة المجموع 274275/18.
3- المغني 253/9، الإنصاف 383/9.
4- الحاوي: 447/11.
5- سبق تخريجه.
6- أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي. دار الفكر، دمشق، سوريا، (د،ط)، (د ت)، 865/2.

3- أما القياس على البيع، فهو قياس مع الفارق؛ لأنه لا يمكن قياس أحكام النكاح على أحكام البيع؛ لما ثبت في أن النكاح مبناه على المكارمة والمواصلة، أما البيع فمبناه المكايسة والمشاحّة.

المطلب الرابع: سبب الخلاف والترجيح

يبدو أن سبب الخلاف يرجع إلى الاختلاف في تحكيم العرف والتوسع في ذلك، وإلى أثر العرف في تفسير النص الشرعي؛ فالمالكية اعتمدوا على العرف والعادة الغالبة، وعلى ضوئها حدّدوا المدّعي والمدّعى عليه من الزوجين، أما الجمهور فلم يحكموا العرف في المسألة، كما يعتبرون كل من أنكر شيئا هو منكر يكون القول قوله عند عدم الإثبات من الطرف الآخر.

وبناء على ما سبق من الأدلة والمناقشة، يمكن ترجيح رأي المالكية؛ لعدم صمود أدلة الجمهور السابقة عند النقد، فيكون المآل والمرجح إلى العرف.

واختار هذا الرأي شيخ الإسلام ابن تيمية، وصرّح بأنه الصواب الذي لا يسوغ غيره، وذكر توجيهات لهذا الرأي منها[1]:

أ- أنه لو كان القول قولها، لم يقبل قوله إلا ببينة، وبذلك يحتاج الزوج إلى الإشهاد عليها كلما أطعمها وكساها، وهو ما لم يفعله مسلم في عهد السلف، ولأن الإشهاد عن النفقة متعذر أو متعسّر، ولا يخفى ما فيه من الحرج على المسلمين.

ب- أن الرجل مؤتمن على المرأة؛ فكان القول قوله، كما يقبل قول الوكيل والشريك والمضارب والمساقي والمزارع فيما أنفقه على حال الشركة.

ج- أن الأصل في الشريعة كون اليمين مشروعة في جنبة أقوى المتداعيين، سواء ترجح ذلك بالبراءة الأصلية، أو اليد الحسية، أو العادة العملية، وهنا العادة جارية بأن الرجل ينفق على امرأته ويكسوها، فإن لم يعلم لها جهة تنفق منها على نفسها، أجري الأمر على العادة.

د- كما أن اعتبار القول قول المرأة فيه من الضرر والفساد، ما لا يحصيه إلا ربّ العباد؛ فتمكث المرأة مع الرجل خمسين سنة فإن كرهته ادّعت أنه لم ينفق عليها.

1- مجموع الفتاوى 34/ 78-82.

المبحث الثاني: حكم نفقة زوجة الصبي البالغة

اتفق الفقهاء[1] على وجوب النفقة على الزوج لزوجته؛ لما ذكرنا من نصوص شرعية، وهذا الاتفاق إذا كان الزوجان بالغين وحصل التمكين، أما إذا كان الزوج صغيرا لا يتأتى منه الوطء، فقد اختلف الفقهاء في وجوب النفقة لهذه الزوجة البالغة، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية ومستندهم:

ذهب المالكية[2] إلى أن الصغير إذا تزوج الكبيرة فلا نفقة عليه إن كان مثله لا يطأ.

واستندوا إلى أن النفقة عوض عن الاستمتاع، وهو لم يحصّل هذا الاستمتاع؛ فلا تجب عليه النفقة.

ولأن الزوجة لّما عقدت على نفسها لمن لا يتأتى منه الاستمتاع-لا لعارض- فقد رضيت بترك النفقة؛ لأنها قد علمت أن الزوج لا يحصّل لها عوضها[3].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور ومستندهم:

ذهب الجمهور من: الحنفية[4]والشافعية في الأصح[5]، والحنابلة[6]إلى أن النفقة واجبة لها. ومستندهم في ذلك جملة من الأقيسة[7]:

1- القياس على المجبوب والعنين؛ فالنفقة تجب على هؤلاء نظير الاحتباس، وقد تحقق في مسألتنا.

1- بداية المجتهد 92/3.

2- عيون المجالس 140/3، عقد الجواهر 604/2، شرح الخرشي 183/3، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 508/2، القوانين الفقهية 166.

3- الإشراف 807/2، المعونة 522/1.

4- بدائع الصنائع 19/4، ردّ المحتار 282/5، الاختيار 5/4.

5- الحاوي 439/11، تكملة المجموع 240/18،236.

6- المغني 283/9، الإنصاف 376/9.

7- البناية 667/5، الحاوي نفسه، المغني 9/ 284.

2- القياس على الهارب، وعلى من استأجر داراً إذا مكّن من سكناها وجبت عليه أجرها وإن تعذر عليه سكناها.

3- القياس على المريض والغائب.

والجامع في ذلك كله أن التمكين حصل من الزوجة، والاستمتاع بها ممكن، لكن العجز جاء من جهة الزوج، فوجبت عليه النفقة.

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف هو: هل النفقة لمكان الاستمتاع، أو لمكان أنها محبوسة على الزوج كالغائب والمريض[1].

ومن أدلة الفريقين يُعلم أن سبب وجوب النفقة عند المذاهب كالآتي:

أ- عند الحنفية لعلّة الاحتباس.

ب- عند الشافعية والحنابلة لعلّة تسليم الزوجة نفسها.

ج- وعند المالكية: هي دخول الزوج البالغ، بزوجته البالغة المطيقة للوطء، أو تمكينها من ذلك[2].

والذي يظهر أن ربط وجوب النفقة ببلوغ الزوج ضعيف؛ لأن النفقة على الزوجة لا تجب فقط نظير المتعة والاستمتاع، وما إلى ذلك، فإن ذلك كلّه يحصل من الطرفين.

والذي ينبغي أن يقال أن النفقة تجب للعلل التي ذكرها الفقهاء وزيادة، فتجب لكونها محبوسة، ولكونها سلمت نفسها، زيادة على ذلك كله أنها تقوم بشؤون البيت وتربية الأولاد، ولما ركبّه الله فيها من ضعف في البنية الفيزيولوجية؛ الأمر الذي يمنعها من مزاولة الأعمال الشاقة التي تجب على الرجال، ولذلك يترجح رأي الجمهور من وجوب النفقة لزوجة الصبيّ.

1- بداية المجتهد 93/3.

2- حاشية الدسوقي مع الشرح الكبير 508/2.

المبحث الثالث: حكم إرضاع الأم لولدها

اتفق العلماء على عدم إلزام الأم إرضاع ولدها إذا كانت مطلقة بائنة[1]، كما ذهبوا إلى وجوب الرضاع عليها إذا كانت في العصمة وتعين عليها الإرضاع[2].

واختلفوا في حكم ذلك إذا كانت في العصمة، ولم يتعين عليها. ومذاهبهم وأدلتهم كالآتي:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية[3]إلى أن إرضاع الولد واجب على أمه إذا كانت في العصمة، وأنها تجبر عليه إن امتنعت لغير عذر، واستثنوا من ذلك الشريفة التي لا تُرضع مثلها.

وذكر ابن رشد الجد في المقدمات[4] قولا ثانيا من أنه يستحب للأم أن ترضع ولدها.

وأدلتهم لذلك ما يلي:

1- **من القرآن:** بقوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾البقرة:٢٣٣ .

ووجه الاستدلال: أن الآية مع كونها جاءت بصيغة الخبر، إلا أن المقصود منها الأمر.

1- بداية المجتهد 96/3، المغني 312/9.

2- أحكام القرآن:ابن العربي 204/1، كشاف القناع 487/5.

3- المدونة 416/2، الذخيرة 270/4، جامع الأحكام الفقهية 382/2، 384 ،شرح ابن بطال 535/7، عيون المجالس 1403/3.

4- المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات:ابن رشد الجد، تحقيق: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت ،لبنان، ط1، 1408، 1988، 496/1.

وابن رشد هو: محمد ابن أحمد بن رشد، أبو الوليد، القرطبي، زعيم فقهاء وقته، ولي قضاء الجماعة بقرطبة ثم استعفى منه، من تلاميذه: القاضي عياض، له تصانيف نافعة مطبوعة منها: البيان والتحصيل، والمقدمات الممهدات، وغيرها، توفي (520هـ). ترجمته: (الديباج 372، معجم التراجم 123).

وله نظير في القرآن وهو قوله تعالى: ﴿ وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ ﴾البقرة:٢٢٨، والأمر يدل على الوجوب إذا تجرد عن القرائن[1].

2- **العرف**: لأن العرف جار بذلك في غالب أحوال الناس؛ من أن المرأة تلي بنفسها إرضاع ولدها من غير تكليف الزوج أجرة، ولما دخلت على ذلك عرفا فيلزمها شرعا ؛ لأنه صار كالشرط[2] .

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة[5] إلى أنه لا يجب على الزوجة إرضاع ولدها، وأن الرضاعة حق للأم لا حق عليها، وأوجب الشافعية على المرأة إرضاع ولدها اللبأ[6] لكون الولد لا يعيش أو لايقوى غالبا إلا به.

وأدلتهم على ذلك:

1- من القرآن:

أ- استدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾ الطلاق: ٠٦

ووجه الاستدلال: أن الآية وردت بلفظ التخيير، والتخيير يخالف الإيجاب[7].

1- بداية المجتهد 96/3، المعونة 637/1، نيل المرام من تفسير آيات الأحكام: أبو الطيب القنوجي، تحقيق: محمد إسماعيل، أحمد المزيدي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م، ص93.

2- المعونة 637/1، الذخيرة 271/4، أحكام القرآن، ابن العربي 204/1.

3- أحكام القرآن: الجصاص 104/2، شرح فتح القدير 218/4، الاختيار، 166/3.

4- الحاوي 494/11، تكملة المجموع 312/18، الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي. دار القلم، دمشق، سوريا، ط3، 1419هـ، 1998م، 193/2،192.

5- المغني 312/9، الإنصاف 406/9، الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح العثيمين. دار ابن الجوزي، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428هـ، 515/13.

6- اللِّبَأُ: هو أول اللبن عند الولادة. لسان العرب، مادة "لبأ"، 329/3.

7- الحاوي نفسه.

ب- وبقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾ الطلاق: ٠٦.

ووجه الاستدلال: أن الأم إذا امتنعت عن الإرضاع، فقد حصل التعاسر والاختلاف بين الزوجين، وقد أرشد الله تعالى في هذه الحالة إلى استرضاع امرأة أخرى، ولم يلزم الأم بإرضاع ولدها؛ مما يدّل على عدم وجوب الإرضاع[1].

2- من المعقول:

أ- لأن الإرضاع بمنزلة النفقة، ونفقة الأولاد تجب على الآباء لا على الأمهات؛ فكذلك إرضاع الولد[2].

ب- أن الإرضاع إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لحق الأم، ولا يجوز أن يكون لحق الزوج لأنه لا يجب عليه إرضاع ولده من غيرها، ولا يجوز أن يكون لحق الولد، لأنه لا يجب عليها إرضاعه بعد الفرقة، وإذا بطل أن يكون لحقهما معا أو لحق واحد منهما سقط الوجوب[3].

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة

ناقش الجمهور استدلال المالكية بالآية كما يلي:

أ- أن الآية وردت بصيغة الخبر، والمقصود منها بيان مشروعية حق الإرضاع للأم، وأن الزوج ليس له منعها من هذا الحق متى رغبت في ذلك وأرادت، ولو أراد الله الأمر بالإرضاع لقال: وعلى الوالدات إرضاع أولادهن كما قال: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ البقرة: ٢٣٣؛ فكان المراد بالآية الخبر لا الأمر[4] .

1 - المغني 312/9.

2- جامع أحكام الصغار: محمد محمود الأسروشني. دار الفضيلة، القاهرة، مصر، ط1، 1994م، 124/1.

3 - الحاوي 494/11، المغني نفسه.

4- الحاوي 495/11، فتح الباري 505/9.

ب- وإذا سلمنا بأن المقصود من الآية الأمر بالإرضاع؛ فيحمل على الندب، ولا يجب على الأم الإرضاع إلا إذا تعين؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾الطلاق:٦.[1].

وردّ المالكية على هذه المناقشة بما يلي:

أ- أن الآية تفيد الأمر، وقد ثبت لذلك نظائر في القرآن، ومثالها ما ذكر في الأدلة.

ب- كما أن الاعتراض بقوله تعالى: ﴿وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ﴾الطلاق: ٦، فهي واردة في شأن المطلقات؛ فكانت الآية خارجة عن محل النزاع.

المطلب الرابع: سبب الخلاف والترجيح

ويرجع سبب الخلاف كما ذكره ابن رشد إلى الاحتمال في كون الآية متضمنة إيجاب الرضاع أو مشروعيته فقط [2]، وهذا يرجع إلى الاختلاف في معنى الخبر الوارد في الآية: هل هو مجرد إخبار، أم هو إخبار يفيد الأمر، وإذا أفاد الأمر؛ هل يحمل الأمر فيه على الإيجاب أم على الندب؟

وبعد عرض أدلة الفريقين ومناقشتها يتبين أن الأرجح هو القول بوجوب إرضاع الولد على أمه ما دامت في العصمة، وهو قول المالكية، وهو اختيار ابن تيمية[3] من الحنابلة، غير أن تفريق المالكية بين الشريفة وغيرها لا مستند له؛ فيكون الحكم على الوجوب لكل الأمهات في العصمة، إلا إذا قام العذر الشرعي، أو اصطلح الزوجان على أن لا ترضع الزوجة، فإن هذا لا مانع منه شرعا.

كما أن القول بوجوب الإرضاع على الأم مادامت الزوجية، تقتضيه القواعد الشرعية في دفع الضرر، ودرء المفاسد، وأيُّ ضرر أعظم من امتناع الأم من إرضاع ولدها والإضرار به، والله تعالى يقول﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَّهُۥ﴾البقرة:٢٣٣.

1- تكملة المجموع 311/18.

2- بداية المجتهد 96/3.

3- مجموع الفتاوى 66/34.

المبحث الرابع: حكم خدمة المرأة لزوجها

ذهب عامة الفقهاء إلى أن خدمة الزوجة لزوجها وشؤون بيته أمر مشروع ، سواء أكانت ممن تخدم نفسها أم ممن لا تخدم نفسها.

واختلفوا في وجوب ذلك عليها، هل هو واجب عليها أم لا؟ وفيما يلي تحصيل مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية إلى القول المشهور[1] إلى وجوب خدمة المرأة لزوجها وبيته، واستثنوا من ذلك إذا كانت المرأة ذات شرف وقدر، وكان الزوج غنيا موسراً؛ فلا يجب عليها خدمته؛ وإنما يجب عليه إخدامها حينئذ.

وحكى ابن خويز منداد[2] عن بعض المالكية بأنه ليس على المرأة خدمة مطلقا[3].

وأدلة القول المشهور تنقسم إلى ما يلي:

الفرع الأول: أدلة الوجوب:

1- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿ **وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ** ﴾ البقرة: ٢٢٨، وخدمة الزوجة لزوجها هو المعروف المعهود عند من خاطبهم الله تعالى بكلامه، قال القرطبي: " وقد جرى عرف المسلمين في بلدانهم في قديم الأمر وحديثه بما ذكرنا؛ ألا ترى أن أزواج النبي ﷺ كن يتكلفن الطحين، والخبيز، والطبيخ، وفرش الفراش، وتقريب الطعام، وأشباه ذلك، ولا نعلم امرأة امتنعت من ذلك،

1- عقد الجواهر 579/2، المنتقى 130،131/4، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 510،511/2.

2- هو: محمد بن أحمد بن علي بن إسحاق، من مالكية العراق، تفقه على الأبهري، له كتاب في الخلاف، وكتاب في أصول الفقه، وله اختيارات فقهية وأصولية، توفي (390هـ تقريبا) ، ترجمته:(الديباج 363، شجرة النور 154/1).

3- الجامع للأحكام الفقهية 180/2.

ولا يسوغ لها الامتناع، بل كانوا يضربون نساءهم إذا قصرن في ذلك، ويأخذونهن بالخدمة، فلولا أنها مستحقة لما طالبوهن بها بذلك"[1].

2- من السنة:

أ- ما ثبت من فعله ﷺ أنه كان يقول لعائشة " يا عائشة أطعمينا ...ياعائشة اسقينا"[2] ، وكان يقول لها: " يا عائشة هلمّي المدية ثم قال: اشحذيها بحجر"[3] .

وجه الاستدلال: تدل أوامر النبي ﷺ لزوجته عائشة على وجوب الخدمة؛ لأن الأمر يفيد الوجوب، إلا لصارف يصرفه إلى غيره، و لم يوجد فيبقى الأصل[4] .

ب- ما رواه الشيخان عن عليرضي الله عنه أن فاطمة أتت النبيﷺ تشكو إليه ما تلقى في يدها من الرحى، وبلغها أنه جاءه رقيق فلم تصادفه، فذكرت ذلك لعائشة، فلما جاء أخبرته عائشة، قال: فجاءنا وقد أخذنا مضاجعنا فذهبنا نقوم فقال "على مكانكما"، فجاء فقعد بيني وبينها حتى وجدت برد قدميه على بطني فقال "ألا أدلكما على خير ممّا سألتما؟ إذا أخذتما مضاجعكما أو أويتما إلى فراشكما فسبحا ثلاثا وثلاثين، واحمدا ثلاثا وثلاثين، وكبرا أربعا وثلاثين، فهو خير لكما من خادم"[5].

ووجه الاستدلال: أن فاطمة لما سألت أباها الخادمَ لم يأمر زوجها بأن يكفيها ذلك، إما بإخدامها خادما أو باستئجار من يقوم بذلك أو بتعاطي ذلك بنفسه، ولو كانت كفاية ذلك إلى علي لأمره به كما أمره أن يسوق إليها صداقها قبل الدخول، مع أن سوق الصداق ليس بواجب إذا رضيت المرأة أن تؤخره، ممّا يدل على أن الخدمة واجبة على المرأة[6].

1- المرجع نفسه.

2- أخرجه أحمد: عن طخفة الغفاري، برقم 15543، 307/24، وقال المحققون للمسند: إسناد ضعيف لاضطرابه والجهالة طخفة.

3- أخرجه: مسلم: كتاب الأضاحي، باب سن الأضحية، برقم 5064، 123/13.

4- المغني 130/8.

5- أخرجه: البخاري عن علي، كتاب النفقات، باب عمل المرأة في بيت زوجها، برقم 5361، 533/6، ومسلم عن أبي هريرة: كتاب الذكر، باب التسبيح أول النهار وعند النوم، برقم 6856، 48/17،

6- فتح الباري 507/9.

ج- وعن أسماء بنت أبي بكرﷺ قالت: تزوجني الزبير، وماله في الأرض من مال، ولا مملوك، ولا شيء غير ناضج غير فرسه، فكنت أعلف فرسه واستسقي الماء وأخرز غربه وأعجن، ولم أكن أحسن أخبز، وكان يخبز جارات لي من الأنصار، وكن نسوة صدق، وكنت أنقل النوى من أرض الزبير التي أقطعه رسول الله ﷺ على رأسي، وهو مني على ثلثي فرسخه، إلى أن قالت: "حتى أرسل إليّ أبو بكر بعد ذلك بخادم تكفيني سياسة الفرس فكأنما أعتقني"[1].

وجه الاستدلال: أن إقرار النبي ﷺ لما رآه من خدمة أسماء لزوجها دلّ على أنه على المرأة أن تقوم بخدمة ما يحتاج إليه بعلها، كما أقر سائر أصحابه على استخدام أزواجهم مع علمه بأن منهن الكارهة والراضية[2].

الفرع الثاني: التفريق بين الشريفة وغيرها

ولم أعثر على دليل للمالكية في استثنائهم الشريفة من وجوب الخدمة إذا كان زوجها مليّا، إلا تخصيصهم النصوص بالعرف؛ حيث إن عرف المسلمين جرى في بلدانهم على ذلك، والعوائد كالشروط[3].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من: الحنفية[4]، والشافعية[5]، والحنابلة[6]، إلى أنه لا يجب على الزوجة خدمة الزوج أو البيت، فإن رفضت الخدمة لا تجبر عليها، وذكر الحنفية أنها واجبة عليها ديانة لا قضاء[7].

ودليلهم أن المعقود عليه من جهة الزوجة هو الاستمتاع فلا يلزمها غيره[8].

1- أخرجه: البخاري عن أسماء، كتاب النكاح، باب الغيرة، برقم 5224، 448/6، ومسلم عن أسماء، كتاب السلام، باب جواز إرداف المرأة الأجنبية إذا أعيت في الطريق، برقم 5656، 388/14.

2- زاد المعاد في هدي خير العباد: ابن القيم. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1982، 188/5.

3- الذخيرة 461/4.

4- بدائع الصنائع 24/4، الفتاوى الهندية 548/1.

5- تكملة المجموع 425/16.

6- المغني 130/8.

7- بدائع الصنائع نفسه، الفتاوى الهندية نفسه.

8- تكملة المجموع نفسه ، المغني نفسه.

قال القرطبي: "وذلك أن العقد يتناول الاستمتاع لا الخدمة؛ ألا ترى أنه ليس بعقد إجارة ولا تملّك رقبة، وإنما هو عقد على الاستمتاع، والمستحق بالعقد هو الاستمتاع دون غيره، فلا تطالب بأكثر منه، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَطَعْنَكُمْ فَلَا تَبْغُواْ عَلَيْهِنَّ سَبِيلًا﴾ النساء: ٣٤."[1]

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة

يمكن مناقشة استدلال الجمهور من أن المعقود عليه هو الاستمتاع، بأن الاستمتاع من الحقوق المشتركة بين الزوجين؛ إذ كل منهما يستمتع بالآخر، فليس مختصا بواحد منهما، وإنما كانت النفقة والكسوة والسكن في مقابل الخدمة وما جرت به عادة الأزواج[2].

كما ناقش الجمهور استدلال المالكية بما ثبت عن نساء الصحابة[فاطمة وأسماء -رضي الله عنهما-] بما يلي:

أ- بأنه لا دلالة في ذلك على الوجوب؛ وإنما قيامهن بتلك الأعمال متفضلات متبرعات، ونحن لا نمنع ذلك إذا تطوعت به المرأة[3].

ويردّ على حمل ذلك على التطوع بما كانت تشكوه فاطمة -رضي الله عنها- من الخدمة.

ب- إن واقعة أسماء -رضي الله عنها- ومثيلاتها كانت حالة الضرورة؛ بحيث كان زوجها مشغولا بالجهاد كغيره من المسلمين، ممّا منع أزواجهم من التفرغ لشؤون البيت[4].

1- الجامع للأحكام الفقهية 180/2.
2- زاد المعاد 188/5.
3- المغني 131/8.
4- فتح الباري 324/9

المطلب الرابع: سبب الخلاف والترجيح

يظهر أن سبب الخلاف هو ترددهم في حمل ما جرى به العمل، وأقره الشرع، هل يحمل – ذلك- على الوجوب أم على الندب؟ كما يرجع إلى سبب ثان، وهو اعتبار العرف في تخصيص النصوص الشرعية، وهو الذي اعتمده المالكية في تفريقهم بين الشريفة وغيرها.

وبعد عرض أدلة الفريقين يظهر أن الأرجح هو القول بوجوب الخدمة الباطنة (خدمة البيت) على الزوجة؛ وهذا لسلامة أدلة القول بالوجوب.

أما تفريق المالكية بين الشريفة وغيرها، فلا مستند له، ويردّه استدلالهم بحديث فاطمة ووجوب الخدمة عليها، وهي أشرف نساء العالمين.

أما استدلال الجمهور فهو باطل وتبين ذلك خلال المناقشة.

والقول بوجوب الخدمة الباطنة على الزوجة بالمعروف هو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[1]، وهو ما رجحه الدكتور يوسف القرضاوي[2]، والدكتور عبد الكريم زيدان[3].

وفيما يلي ما اعتمده الدكتور القرضاوي إضافة إلى ما سبق ذكره:

1- أن كل حق يقابله واجب؛ فقد استحقت المرأة على الرجل النفقة والكسوة والسكنى، فمن العدل أن تكلف هذا الحق، وهو خدمة البيت والزوج.

2- أنه من العدل إذا كانت الخدمة خارج البيت على الزوج، أن تكون الخدمة داخله على الزوجة.

كما دعم الدكتور زيدان ترجيحه، بحديث جابر ﵁ من أنه تزوج امرأة قصد من ذلك أن تقوم على أخواته الصغيرات وتصلحهن، فقال له النبيﷺ: "بارك الله لك، أو خيرا"[4].

فإذا كانت المرأة تقوم بخدمة أخوات الزوج، وأقره النبي ﷺ ؛ فَلأَن تقوم بخدمة زوجها أحق وأولى.

1- مجموع الفتاوى 90،91/34.

2- فتاوى معاصرة: د يوسف القرضاوي. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 2000، 506/1.

3- المفصل: زيدان 305/7.

4- أخرجه البخاري: كتاب النفقات، باب عون المرأة زوجَها في ولده، برقم 5367، 535/6.

المبحث الخامس: كيفية القسم بين الحرّة والأمة

اتفق العلماء على أن من حقوق الزوجات العدل بينهن في القسم[1]، واختلفوا في كيفية قسم الحر بين الحرة والأمة، وفيما يلي آراؤهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور إلى أن الرجل يقسم بين الحرة والأمة بالسوية.

وروى ابن الماجشون عن مالك أنه رجع إلى التفاضل، وهو أن يكون للحرة الثلثان، وللأمة الثلث[2].

وأدلة القول المشهور[3]:

1- **من السنة:** قول النبيﷺ "من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما جاء يوم القيامة وشقّه مائل"[4].

وجه الاستدلال: الحديث يدل على المساواة، ولفظ "امرأتان" لفظ عام يشمل الحرة والأمة.

1- بداية المجتهد 94/3.

2- المدونة 271/2، عيون المجالس 1183/3، الكافي 257، عقد الجواهر 490/2، الذخيرة 463/4، النوادر والزيارات 615/4، القوانين الفقهية 160، التفريع 429/1، مواهب الجليل من أدلة خليل: أحمد الجكني الشنقيطي، تحقيق: عبد الله الأنصاري. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط)، 1426، 2005، 124/3، شرح ابن ناجي على متن الرسالة، تحقيق: أحمد المزيدي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1428، 2007، 29/2.

3- الإشراف 723/2.

4- أخرجه: أبو داود عن أبي هريرة: كتاب النكاح، باب في القسم بين النساء، برقم 2133، 648/1، والترمذي: كتاب النكاح، باب: ما جاء في التسوية بين الضرائر، برقم 1141، 434/2، وابن ماجه: كتاب النكاح، باب: القسمة بين النساء، برقم 1969، 474/2.

2- **من المعقول**: لّما كانت الأمة مساوية للحرة في الزوجية؛ فوجب مساواتها لها في القسم كالحرة، ولأن نقصها عن رتبتها بالرق لا يوجب نقصانها عنها في القسم ،كالذمية.

ولأنها لما ساوتها في قسم الابتداء؛ فكذلك في سائره.

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

ذهب الجمهور من: الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، إلى أن القسم يكون للحرة الثلثان، وللأمة الثلث.

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

1- **من السنة:** ما رواه الحسن عن النبي ﷺ أنه قال: "لا تنكح الأمة على الحرة، وللحرة الثلثان وللأمة الثلث"[4].

ووجه الاستدلال: أن الحديث نص في المسألة، وإن كان مرسلا، فقد عضده قول صحابي، وهو ما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال: إذا تزوجت الحرّة على الأمة قسم لها يومين، وللأمة يوما، والمرسل يصير حجة إذا عضد بقول الصحابي[5].

2- **الإجماع:** وإنه لما لم يعلم مخالف لقول علي رضي الله عنه من الصحابة صار إجماعا؛ لأن سكوت الصحابة محمول على الموافقة.

1- مختصر الطحاوي 190، شرح فتح القدير 302/3، البناية 253/5، الاختيار 130/3.

2- الحاوي 574/9، الإشراف: ابن المنذر 116/1، روضة الطالبين: أبو زكريا النووي، تحقيق: عماد عبد الموجود، علي معوض. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط)، (د،ت)، 664/5.

3- المغني 149/8،148، الإنصاف 365/8.

4- لم أجده بنصه مرفوعا، وأخرجوه موقوفا: عن علي رضي الله عنه، الدار قطني: كتاب النكاح، برقم 147، 285/3، و عبد الرزاق في المصنف: كتاب النكاح، باب: نكاح الأمة، برقم 13090، 265/7، و ابن أبي شيبة في المصنف: كتاب النكاح، باب في الحرة والأمة إذا اجمعتا كيف قسمتها، برقم 16084، 456/3.

5- الحاوي نفسه.

3- **المعقول**: يكون قَسَم الأمة على النصف من قَسَم الحرة؛ لأنها على النصف في غالب الحقوق كالحدود والعدة والطلاق فيكون كذلك القَسَم[1].

ولأن الحرة يجب تسليمها ليلا ونهارا؛ فكان حظها أكثر في القسم[2].

المطلب الثالث: مناقشة الأدلة والترجيح

ناقش الجمهور أدلة المالكية بما يلي:

1- الخبر لا دليل فيه؛ لأن العمل بما أوجب الشرع لا يكون محظورا شرعا[3]، وإنه لما ثبت التفاضل بما ذكر من أدلة؛ فيكون الحديث خارج محل النزاع.

2- أما الاستدلال بالمساواة في قسم الابتداء، فإن هذا الأخير شُرِع للأنس، ولزوال الاحتشام من كل واحدة منهما، فتساوتا فيه، وسائر القسم موضوع للاستمتاع، والاستمتاع بالأمة ناقص عن الاستمتاع بالحرة[4].

وظاهر أن أدلة الجمهور أقوى، وهي نصوص في ما احتجوا له، وأما أدلة المالكية فهي عامة، ولا يخفى ما فيها من تكلف للاستدلال بها، وعليه فيترجح رأي الجمهور.

1- البناية 253/5.

2- المغني 149/8.

3- الحاوي 575/9.

4- المغني نفسه، الحاوي نفسه.

المبحث السادس: حكم العيب الحادث بعد العقد

يتفق الفقهاء على حكم العيب السابق للعقد وكذلك المقارن له- أي الحادث أثناء العقد أنه يجوز به الردّ[1]، على خلاف في ماهية هذه العيوب، أما إن كان العيب في أحد الزوجين حادثا بعد العقد، فهذا موضع خلاف بين الفقهاء، وفيما يلي مذاهبهم وتعليلاتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية ومستندهم

فرق المالكية بين كون العيب حادثا بالزوج، أو بالزوجة كنا يلي:

فإذا حدث العيب بالزوجة لم يكن للزوج خيار الردّ مطلقا، وهو مصيبة حلّت به، وله حق الطلاق، أما إن حدث العيب بالزوج فللزوجة الخيار بالجذام البيّن وإن قلّ، والبرص المضرّ، أما إن كانت هذه العيوب يرجى البرء منها، فيجب فيها التأجيل سنة ،كالجنون،والبرص، والرّتق...[2]

ومستند الفرق في ذلك: أن الزوجة لا تقدر على رفع العقد، فلو لم يجعل لها الخيار لأدى ذلك إلى استدامة الضرر بها، ولا كذلك الزوج، فإنه قادر على رفع العقد بالطلاق لأنه بيده؛ فلذلك لم يكن له خيار [3].

كما أن المعنى الذي أثبت الخيار له في العقد وقبله هو التدليس، وهذا معدوم في مسألتنا[4].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور ومستندهم

ذهب الجمهور إلى أنه لا فرق بين كون العيب طارئا على الزوج أو الزوجة، لكنهم مختلفون في إثبات خيار الردّ بهذا العيب الطارئ كما يلي:

1- الفقه الإسلامي: الزحيلي 522/7.

2- النوادر والزيادات 533/4، القوانين الفقهية 161، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 278/2، شرح الخرشي 237/3، مواهب الجليل من أدلة خليل 86/3.

3- عدة البروق 232، المعونة 515/1.

4- الإشراف 712/2.

ذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت الخيار إذا وصل الزوج إلى زوجته، ولو مرة واحدة، ونصّوا على أنه لو جنّ أو أصبح عنّينا بعد ذلك فلا يحق للزوجة طلب الفسخ، كما أن خلوّ المرأة من العيوب ليس شرطا عندهم أصلا؛ ولذلك فلا يحق للزوج طلب فسخ النكاح سواء كان العيب قديما أو طارئا[1].

وذهب الشافعية في الأصح[2]، والحنابلة على رواية[3]، إلى أنه يثبت الخيار لكلا الزوجين، واستدلوا لذلك بالآتي[4]:

1- أنه لما كان العقد فيه على منافعه، استوى فيه ما تقدم من العيوب وما حدث.

2- أن ما تستحقه الزوجة من الخيار في مقابلة ما يستحقه الزوج من الخيار؛ لقول الله تعالى: ﴿ وَلَهُنَّ مِثْلُ ٱلَّذِى عَلَيْهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَٱللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ البقرة: ٢٢٨.

فلما استحقت الزوجة عليه الخيار بالعيوب الحادثة ،استحق الخيار عليها بالعيوب الحادثة.

كما ردّوا على تعليل المالكية –من أن الزوج يملك حق الطلاق فلم يثبت له الخيار–، بأنه سيغرم نصف الصداق قبل الدخول إذا طلق، أما إذا كان له الفسخ فإن لا يغرم شيئا قبل الدخول، ولا يخفى أن فيه ظلما له وهضما لحقه.

المطلب الثالث: الترجيح

يظهر مما سبق أن الأرجح أنه لا فرق بين الزوجين في ثبوت الخيار، وأن الخيار يثبت مع العيوب الضّارة، التي يشقّ معها استمرار الحياة الزوجية، وهو سواء أكان العيب قديما أم طارئا؛ لأن الغرض من إثبات الخيار هو رفع الغبن عن كليهما، وهو قول الشافعية والحنابلة.

1- مختصر الطحاوي 182، بدائع الصنائع 35/2.
2- تكملة المجموع 266/16، 272 ، روضة الطالبين 514/5، الفقه المنهجي 109/2.
3- المغني 583،584/7، الإنصاف 195،196/8.
4- الحاوي 347/9.

المبحث السابع: الحكم إذا قدم المفقود وقد نكحت امرأته

اختلف الفقهاء في حكم المرأة لمن تكون إذا عاد زوجها المفقود بعد أن تزوجت بزوج ثان، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

اتفق فقهاء المذهب على أنه إن دخل بها الزوج الثاني فإنه لا سبيل للأول عليها ، واختلفوا في حالة ما إذا لم يدخل بها الثاني، فالمنصوص عن مالك أنه لا سبيل له عليها، سواء أدخل بها الثاني أم لم يدخل.

وبهذا القول قال المغيرة[1] ،وابن كنانة[2] ،وابن دينار[3]، والمدنيون[4] من أصحاب مالك.

وروى ابن القاسم أن مالك رجع قبل موته بعام إلى أن الأول أحق بها ما لم يدخل بها الثاني، واختاره ابن القاسم وأشهب، وهو القول المشهور في المذهب.

وقد ذهب محمد بن المواز[5] إلى أن الأول أحق بها ما لم يخل الثاني بها خلوة توجب العدة[6].

1- هو: المغيرة بن عبد الرحمن المخزومي، إمام فقيه، أحد من دارت عليهم الفتوى بالمدينة بعد مالك، ثقة أمين، سمع أباه ومالك وغيرهما، أخرج له البخاري، توفي (188هـ)، ترجمته: (سير أعلام النبلاء 166/8. شجرة النور 84/1).

2- هو: عثمان بن عيسى بن كنانة، أبو عمر، مدني من تلاميذ مالك، هو الذي قعد في مجلس مالك بعد موته، توفي (185هـ) وقيل (186هـ)، ترجمته: (ترتيب المدارك 21/3، معجم تراجم 287).

3- هو: عيسى بن دينار، الغافقي، القرطبي، مالكي، فقيه أهل الأندلس في عصره، سمع ابن القاسم، ولي قضاء طليطلة للحكم، والشورى بقرطبة، وله رحلة في طلب الحديث، توفي (212هـ)، ترجمته:(ترتيب المدارك 16/3، سير أعلام النبلاء 439/10).

4- المدنيون هم: ابن كنانة، ابن الماجشون، مطرف، ابن نافع، وابن مسلمة. (مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات: مريم الظفيري، ص 147).

5- هو: محمد بن سعيد الموثق، يعرف بابن المواز، قرطبي، فقيه حافظ للمذهب المالكي، عالم بالوثائق ومن أبصر الناس بها، روى عن يحيى بن يحيى الليثي، ترجمته:(الديباج 360).

6- الاستذكار 310/17، المنتقى 93/4، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 480/2، شرح الخرشي 150/3.

ومستند القول المشهور:

1- **من القياس**: القياس على ذات الوليين، ولأنه عقد نكاح طرأ على عقد صحيح تقدمه ضرب سائغ من الاجتهاد؛ فوجب أن لا تفوت من الأول إلا بدخول الثاني[1].

2- **من المعقول**: أنها تفوت من الأول بوطء الثاني وحكم الحاكم؛ لأن اعتدادها حكم من الحاكم بالفراق عليه.

المطلب الثاني: مذهب الحنفية والشافعية وأدلتهم

ذهب الحنفية[2] والشافعية على القول الجديد[3]، بأن المرأة باقية على الزوجية للأول، ومذهبهم أن المفقود حيّ في حق نفسه، فلا تتزوج امرأته حتى يثبت موته بيقين.

واستدلوا لذلك بما يلي:

1- **من السنة**: قوله ﷺ "امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها الخبر"[4]،والحديث نص في موضع الخلاف.

2- **قول الصحابة**: عن علي ﷺ : "أنها امرأة ابتليت فلتصبر حتى يأتيها موت أو طلاق"[5]، وروي مثله عن ابن عباس ﷺ .

3- **المعقول**: لأنه لما جرى عليه في غيبته حكم طلاقه وظهاره جرى عليه حكم الزوجية في تحريمها على غيره، ولأن ملكه ثابت في زوجته والموت محتمل، فلا يزول الثابت يقينا بالاحتمال[6].

1- المعونة 552/1.

2- الاختيار لتعليل المختار 41/3.

3- الحاوي 317/11.

4- أخرجه الدارقطني: كتاب النكاح، برقم 255، 312/3، عن المغيرة بن شعبة، والحديث ضعفه الزيلعي لأن في إسناده محمد بن شرحبيل، وهو متروك الحديث، نصب الراية 718/3.

5- أخرجه: البيهقي، كتاب العدد، باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم، بينها وبين الصداق ومن أنكره، 446/7.

6- الاختيار نفسه.

وصّرح الشافعية بأنه لو اعتدت بأمر الحاكم أربع سنين، ثم أربعة أشهر وعشرا، أو نكحت ودخل بها الزوج كان حكم الزوجية بينها وبين زوجها الأول بحاله، غير أنه ممنوع من فرجها بوطء شبهة[1].

المطلب الثالث: مذهب الحنابلة وأدلتهم

وذهب الحنابلة إلى أنه إن عاد الزوج الأول قبل دخول الثاني ردت إليه، وإن دخل بها الثاني خيّر الأول بين أخذها بالعقد الأول، وبين تركها مع الثاني وأخذ الصداق من الزوج الثاني، ويرجع الثاني على الزوجة بما أخذ منه[2].

واستدلوا لذلك بأقوال الصحابة كالآتي:

1- قضاء عمرﷺ فيما روي عن عبيد بن عمير قال: "فُقِد رجل في عهد عمر، فجاءت امرأته إلى عمر فذكرت له ذلك، فقال: انطلقي فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم أتته، فقال: انطلقي فاعتدي أربعة أشهر وعشرا، ففعلت، ثم أتته، فقال: أين ولي هذا الرجل؟ فقال: طلقها، ففعل، فقال لها عمر: انطلقي فتزوجي من شئت، فتزوجت، ثم جاء زوجها الأول، فقال عمر: أين كنت؟ فقال: يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين، فوالله ما أدري في أي أرض الله، كنت عند قوم يستعبدونني حتى اغتزاهم منهم قوم مسلمون، فكنت فيما غنموه، فقالوا لي: أنت رجل من الإنس وهؤلاء من الجن، فمالك ومالهم؟ فأخبرتهم خبري، فقالوا: بأي أرض الله تحب أن تصبح؟ قلت المدينة هي أرضي، فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرة، فخيّره عمر: إن شاء امرأته، وإن شاء الصداق، فاختار الصداق، وقال قد حبلت لا حاجة لي فيها"[3].

1- الحاوي الموضع السابق.
2- كشاف القناع 422/5.
3- أخرجه البيهقي: كتاب العدد: باب من قال بتخيير المفقود إذا قدم بينها وبين الصداق ومن أنكره، 446/7.
ورواه الدارقطني مختصرا: كتاب النكاح، برقم 254، 311/3.

2- ومثل ما روي عن عمر ﷺ يروى عن علي وعثمان وابن الزبير ﷺ ، ولم يعرف لهم مخالف فكان كالإجماع[1].

المطلب الرابع: مناقشة الأدلة

ذكر مالك أنه أدرك الناس ينكرون ما قاله بعض الناس أنه قال يخير زوجها الأول إذا جاء، في صداقها أو في امرأته.

وإنكارها قد يكون ترك العمل بها مع صحتها؛ لكون التخيير في الصداق لا وجه له؛ فإن كان النكاح الثاني صحيحا تمّ، وإن بطل فلا يخير الزوج الآن.

وقد يكون إنكارهم لعدم صحتها؛ فهي من طريق معمر عن الزهري، ومعمر قد روى بالعراق عن الزهري أحاديث من حفظه وَهِمَ في كثير منها، كما قد تنكر الرواية على الثقة إذا انفرد بها وخالف المشهور المحفوظ[2].

كما ردّ الشافعية على الاستدلال بحديث عمر ﷺ بأنه روي أنه رجع عن قضيته حين رجع الزوج، وكذلك ابن عباس وعثمان فصار إجماعا بعد خلاف[3].

المطلب الخامس: الترجيح

يتبين من عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم أن:

1- الجمهور – غير المالكية- يرون بقاء صحة النكاح للزوج الأول، وأن اجتهاد الحاكم في ضرب الأجل والعدة لا يقضي يقينا بالطلاق على زوجته.

2- ضعف الأقيسة التي استند إليها المالكية.

1- المغنى 134/9

2- المنتقى 93/4.

3- الحاوي 317/11.

والذي يظهر لي أنه يترجح مذهب الحنابلة لما فيه من توسط ومراعاة الخلاف، حيث حكموا ببقاء صحة نكاح الأول؛ وهذا يقتضي أنه يمكن له الرجوع إلى زوجته إن شاء، وهو حقّه.

كما أن إثبات الخيار له في أخذ الصداق وترك الزوجة للثاني -إن كره أن يعود لزوجته بعد أن دخل بها رجل آخر- فيه مراعاة لجانب أن الزوج الثاني عقد عقده على أساس صحيح بعد قضاء الحاكم له.

المبحث الثامن: مدى سلطان الحكمين في إيقاع الفرقة بين الزوجين

إذا ساءت الحال بين الزوجين ووصلا لدرجة الشقاق، فعندها يشرع إرسال حكمين للإصلاح بينهما وتذكيرهما، فإن لم ينفع ذلك واستعصى على الحكمين علاج الأمر، ورأى الحكمان أن الفرقة بين هذين الزوجين خير لهما، فهل يجوز لهما إيقاع الفرقة بينهما أم لا؟ هذا موضع اختلاف للفقهاء، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية إلى أنه للحكمين إيقاع الفرقة دون إذن الزوجين، أو الحاكم، أو موافقتهم[1]، واستدلوا لذلك بما يلي:

1- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿ فَٱبْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ ﴾ النساء: ٣٥.

وجه الاستدلال: أن هذا نص من الله على أنهما قاضيان، لا وكيلان، ولا شهيدان[2].

وللوكيل اسم في الشريعة ومعنى، وللحَكَم اسم في الشريعة ومعنى، فإذا بيّن الله سبحانه كل واحد منهما؛ فلا ينبغي أن يركّب معنى أحدهما على الآخر، فإذا ثبت كونهما قاضيين وحكمين؛ فإن إمضاء تصرفاتهما لا يحتاج إلى إذن أهل الخصومات أو غيرهم، كما أن الله تعالى خاطب غيرهما بإرسال الحكمين عند حدوث الشقاق بينهما، فكيف يكون إيقاع الفرقة بإذنهما وتوكيلهما[3].

2- **إجماع الصحابة:** روى عبيدة السلماني قال: شهدت علي بن أبي طالب ﷺ، جاءته امرأة مع زوجها، مع كل واحد منهما فئام من الناس، فأخرج هؤلاء حَكَمًا وهؤلاء حَكَمًا، فقال علي للحكمين: أتدريان ما عليكما؟ إنّ عليكما إن رأيتما أن تفرّقا فرّقتما، وإن رأيتما أن تجمعا

1- المدونة 372/2، الاستذكار 112/18، الإشراف 724/2، المعونة 593/1، بداية المجتهد 140/3.

2- الجامع للأحكام الفقهية 258/2، المنتقى 114/4.

3- أحكام القرآن: ابن العربي 424/1.

جمعتما، فقال الزوج: أما الفرقة فلا، فقال علي: كذبت والله، لا تبرح حتى ترضى بكتاب الله لك وعليك، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله لي وعليّ"[1].

ووجه الاستدلال: أنه لو كانا وكيلين أو شاهدين لم يقل لهما "أتدريان ما عليكما؟" فإنما كان يقول: "أتدريان بم وكلتما؟"، كما أنه لم يشترط رضا الزوجين[2].

وهو مذهب عثمان وابن عباس ومعاوية ﷺ ، ولم يعرف لهم مخالف من الصحابة ، فيكون ذلك إجماعا[3].

3- **المعقول:** تقرر أنه يجوز للحاكم التفريق بين الزوجين لإزالة الضرر، كما في الطلاق عن المُولي، والمعسر بالنفقة والمهر وغيره، فإذا كان له ذلك في إزالة الضرر عن أحدهما؛ فلَأَن يكون جواز رفع الضرر عنهما بإيقاع الفرقة أحق وأولى[4].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من الحنفية[5]، والشافعية في القول الأظهر[6]، والحنابلة في الرواية الصحيحة من المذهب[7]، إلى أنه لا يجوز للحكمين إيقاع الفرقة بين الزوجين إلا بإذنهما، واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

1- أخرجه: الدارقطني كتاب النكاح، برقم 189، 295/3، البيهقي: كتاب القسم والنشوز، باب الحكمين في الشقاق بين الزوجين، 305/7، وأخرج مالك قريبا منه في كتاب: الطلاق، باب ما جاء في الحكمين، برقم 1808، ص379، قال ابن عمر:"أما الخبر عن علي في ذلك فمروي من وجوه ثابتة" الاستذكار 109/18.

2- الإشراف 724/2، المعونة 594/1.

3- جامع الفقه للإمام ابن القيم 236/5.

4- الإشراف 724/2، المعونة 594/1.

5- مختصر الطحاوي 191، أحكام القرآن:الجصاص 151/3 فما بعدها.

6- الأم 398/10، نهاية المطلب 282/13، تكملة المجموع 481/16، روضة الطالبين 678/5، الفقه المنهجي 104/2-105.

7- المغني 167/8، الإنصاف 380/8.

1- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿فَٱبۡعَثُواْ حَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنۡ أَهۡلِهَآ إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾النساء: ٠٣٥

وجه الاستدلال: اشتراط واحد من جهة الزوج، وواحد من جهة الزوجة يدل على أن كلا منهما وكيل من جهة من وكّله، والوكيل لا يجوز له التصرف إلا في حدود إذن موكّله، فإذا ثبت كونهما وكيلين، فلا يحق لهما إيقاع الفرقة لأن البضع حق الرجل؛ فلا يطلقان عليه، ولأن المال حق المرأة؛ فلا يحق لهما إخراجه عن تصرفها بإيقاع الخلع عليها لكون الزوجين رشيدين[1].

2- **قول الصحابة:** استدلوا بحديث علي ﷺ المتقدم.

ووجه الاستدلال منه في قول الإمام الشافعي -رحمه الله-" والذي يمنعنا من أن نحيله عنه مع ظهوره، أن قول علي للزوج: كذبت والله حتى تقر بمثل الذي أقرت به، يدل على أنه ليس للحكمين أن يحكما إلا بأن يفوّض الزوجان ذلك إليهما، وذلك أن المرأةفوّضت، وامتنع الزوج من تفويض الطلاق، فقال علي: كذبتَ حتى تقرَّ بمثل الذي أقرت به، يذهب إلى أنه إن لم يقرّ لم يلزمه الطلاق وإن رأياه، ولو كان يلزمه الطلاق بأمر الحاكم أو تفويض المرأة لقال له: لا أبالي أقررت أم سكتَّ، وأمر الحكمين أن يحكما بما رأيا[2].

3- **الاستصحاب:** إنه لمّا لم يكن لأحد –حاكم وغيره- إيقاع الفرقة بين الزوجين، لا بطلاق، ولا بخلع في حال إقرارهما بالنشوز قبل بعث الحكمين؛ فكذلك بعد بعث الحكمين، سيّما وأن الله تعالى يقول: ﴿إِن يُرِيدَآ إِصۡلَٰحًا يُوَفِّقِ ٱللَّهُ بَيۡنَهُمَآۗ﴾ ولم يقل إن يريدا الفرقة، فدل على أن مهمتهما الصلح والوعظ والإرشاد، فإن لم يستجيبا كان للحكمين تبصيرهما بما لهما من حق الطلاق للزوج أو الخلع للمرأة دون مباشرة إيقاع الفرقة من الحكمين[3].

1- أحكام القرآن: الجصاص 181/13، المغني 167/2.
2- الأم 399/10، الحاوي 603/9.
3- أحكام القرآن: الجصاص 191/3.

المطلب الثالث: المناقشة والترجيح

مناقشة ما استدل به كل فريق من النصوص، هو متضمن في استدلال الفريق المقابل بالنصوص كذلك؛ لكون النصوص المستدل بها ذاتُها، فلا ضرورة لإعادة صوغها، والتطويل بها.

أما ما ينبغي مناقشته فهو استدلال الجمهور —والأحناف خصوصا- باستصحاب المنع من التفريق بين الزوجين قبل بعث الحكمين إلى حالة ما بعد بعثهما؛ فيقال بأن الاستصحاب يصح لو لم يقم الدليل على التغيير[1]، أمَا وقد قام الدليل في مسألتنا على الفرق بين حالتي قبل بعث الحكمين وبعدها؛ فإنه لا يصح الاحتجاج به، خاصة وأن هذا الاستصحاب صادَم المعنى الظاهر من الآية الذي قال به من ذكروا من الصحابة.

وبعد عرض الأدلة والمناقشة يظهر رجحان قول المالكية، وقوة أدلتهم وظهورها في الاستدلال من الآية؛ إذ حمل النصوص على حقائقها ومسمّياها هو الأولى، كما عضد ذلك قول الصحابة إن لم نقل إجماعهم.

1- أصول الفقه الإسلامي: الزحيلي 859/2.

المبحث التاسع: حكم الشروط الجعلية في عقد النكاح

اتفق الفقهاء على صحة لزوم الشروط التي يقتضيها العقد ولو لم تذكر، كالإنفاق وحسن العشرة، كما اتفقوا على بطلان الشروط التي تنافي مقصود العقد؛ كاشتراط عدم الوطء، واشتراط طلاق أختها[1].

واختلفوا في نوع ثالث من الشروط، وهي الشروط التي لا يقتضيها العقد ولا تنافيه، بل فيها تضييق على أحد العاقدين، ونظرا لاضطراب آراء الفقهاء في تحديد وضبط هذا النوع من الشروط، حيث إن ما يعتبره البعض من النوع الثالث الذي ذكرته يعتبره البعض منافيا للعقد، وقد يعتبره البعض الآخر موافقا لمقتضى العقد.

ولذلك اقتصرت على شرطين هما: اشتراط أن لا يخرجها من بلدها، أو أن لا يتزوج عليها، وهذا لما رأيت من استقرار آراء الفقهاء على أن هذين الشرطين لا يقتضيهما العقد ولا ينافيانه، وفيما يلي آراء فقهاء المذاهب وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم:

ذهب المالكية[2]، إلى أن هذا النوع من الشروط صحيح، ولكنه مكروه، فيكره الشرط ابتداء ويصح عند وقوعه، كما يصح العقد معه، لكن الوفاء بهذا الشرط مستحب فقط، وليس واجبا، إلا إذا تعلق بعتاق أو طلاق، فيصير الوفاء به واجبا.

ولكراهة هذا العقد فقد كان مالك -رحمه الله- ينهى العاقدين أن يشترطا في النكاح شروطا أثناء العقد، وقال -رحمه الله- "أشرت على قاض أن ينهى الناس أن يتزوجوا على

1- فتح الباري 218/9.

2- الاستذكار 144/16 فما بعدها، المنتقى 296/4، إكمال المعلم بفوائد مسلم: أبو الفضل عياض، تحقيق: يحيى إسماعيل. دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 1419هـ، 1998م، 562/4، القوانين الفقهية 165، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 306/2.

الشروط، وأن يتزوجوا على دين الرجل وأمانته، وقد كتب بذلك كتابا وصِيحَ به في الأسواق، وعابها عيبا شديدا"[1].

واستدلوا لذلك بما يلي:

1- **من السنة**: قوله ﷺ "إن أحق الشروط أن يوفى بها ما استحللتم به الفروج"[2].

ووجه الاستدلال: قال عياض "أحق هنا بمعنى أولى؛ لا بمعنى الإلزام عند كافة العلماء"[3].

2- **أقوال الصحابة**: قضاء عمر وعلي رضي الله عنهما بعدم الإلزام:

حيث قضى عمر رضي الله عنه في المرأة التي شرط لها زوجها أن لا يخرجها من بلدها، فقال عمر:" المرأة مع زوجها"[4].

وكذلك قضاء علي رضي الله عنه أنه رفع إليه رجل تزوج امرأة وشرط لها دارها –أي ألا يخرجها من دارها– فقال علي رضي الله عنه : شرط الله قبل شرطهم، أو قال: قبل شرطها، ولم ير لها شيئا[5].

1- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في المسائل المستخرجة: ابن رشد الجد، تحقيق: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، (د،ط)، 1404هـ، 1984م، 160/17.

2- أخرجه: مسلم عن عقبة بن عامر: كتاب النكاح، باب الوفاء بالشروط في النكاح، برقم 3457، 205/9، البخاري –بلفظ قريب منه– كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، برقم 5151، 464/6.

3- إكمال المعلم 562/4، وعياض هو: أبو الفضل عياض بن موسى اليحصبي، السّبتي الدار والميلاد، الأندلسي الأصل، مالكي، إمام وفقيه في الحديث والتفسير والفقه والأصول، له تصانيف بديعة أشهرها: إكمال المعلم، الشفا، ترتيب المدارك، توفي بمراكش (544هـ)، ترجمته:(الديباج 270، شجرة النور 205/1، سير أعلام النبلاء 212/20).

4- أخرجه: البيهقي: كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، 249/7، وصحح إسناده الألباني، إرواء الغليل 304/6.

5- أخرجه: البيهقي: كتاب النكاح: باب الشروط في النكاح، 250/7، وعبد الرزاق في المصنف: كتاب النكاح، باب: الشرط في النكاح، برقم 10624، 230/6.

ومعنى شرط الله قبل شرطها، يريد قوله تعالى: ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾الطلاق:٦ [1].

المطلب الثاني: مذهب الحنفية والشافعية وأدلتهم

اعتبر الحنفية[2] والشافعية[3] اشتراط المرأة على زوجها أن لا يخرجها من بلدها أو لا يتزوج عليها من الشروط الفاسدة، كما أنه لا أثر لها على العقد؛ فيبطل الشرط ويصح العقد.

وأدلتهم كالآتي:

1- من السنة:

أ- قوله ﷺ "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"[4].

ووجه الاستدلال: معناه ليس في حكم الله ولا في حكم رسوله ﷺ ولا فيما دلّنا عليه واحد منهما لزوم هذا الشرط؛ فبطل[5].

ب- ما رواه جابر ﷺ أن النبي ﷺ خطب أم مبشّر بنت البراء بن معرور فقالت: إني شرطت لزوجي أن لا أتزوج بعده، فقال النبي ﷺ: إن هذا لا يصلح"[6].

وهذا يدل على أن هذا الشرط غير صحيح.

1- الاستذكار 145/16.

2- مختصر اختلاف العلماء، اختصار: أبي بكر الرازي، تحقيق: عبد الله نذير أحمد. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ، 1996م، 476/1، الاختيار 119/3، الفقه الحنفي في ثوبه الجديد: عبد الحميد طهماز. دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1420هـ، 2000م، 94/2، أحكام الأسرة: شلبي، ص 155.وللحنفية رأي آخر بأن الشرط صحيح ويجب الوفاء به ديانة لا قضاء. انظر: محاضرات في الفقه المقارن للبوطي ص

. 3- الأم 247/10، تكملة المجموع 337/16.

4- أخرجه مسلم: كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق، برقم 3758، 383/10 (واللفظ له)، والبخاري: كتاب المكاتب، باب: استعانة المكاتب وسؤاله الناس، برقم 2563، 177/3.

5- مختصر اختلاف العلماء نفسه، الأم 248/10،247.

6- أخرجه: الطبراني في المعجم الصغير، برقم 1157، 274/2، والحديث حسنه ابن حجر، فتح الباري 219/9.

2- **قول الصحابة**: قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في امرأة اشترط لها زوجها أن لا يخرجها من مترلها ثم بدا له أن ينتقل إلى بلد آخر، فقضى عمر أن المرأة مع زوجها[1].

وواضح أن عمر رضي الله عنه أبطل هذا الشرط.

3- **من المعقول**: أن هذا الشرط مخالف لما في كتاب الله؛ ذلك أن الله أحّل للرجل أن ينكح أربعا وما ملكت يمينه، فإذا اشترطت عليه أن لا ينكح ولا يتسرّى، حظرت عليه ما وسّع الله تعالى عليه، كما أن الأصل أنّ له أن يخرجها من بلد إلى بلد، ولم يعلم في ذلك مخالف، فإذا اشترطت عليه أن لا يخرجها من بلدها، فقد اشترطت عليه إبطال ما له عليها[2].

المطلب الثالث: مذهب الحنابلة وأدلتهم:

ذهب الحنابلة إل أن مثل هذه الشروط صحيحة لازمة الوفاء، وإن لم يوف بها كان لها خيار الفسخ[3]، واستدلوا بما يلي:

1- **من السنة:**

أ- قوله ﷺ: "أحق ما أوفيتم به من الشروط ما استحللتم به الفروج"[4]،

ب- وقوله ﷺ: "المسلمون عند شروطهم"[5].

وجه الاستدلال: أن الحديثين نصّان في وجوب الوفاء بالشرط.

1- سبق تخريجه ص122.

2- الأم 247/10.

3- المغني 448/7، كشاف القناع 91/5، الإنصاف 155/8، السلسبيل في معرفة الدليل: صالح البليهي، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم. المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ط2، 1421، 2000، 326/3.

4- سبق تخريجه.

5- أخرجه البخاري معلقا: كتاب: الإجارة، باب: أجرة السمسرة، 73/4.

2- إجماع الصحابة: حيث قضى عمر ﷺ بذلك، ووافقه غيره من الصحابةكالآتي:

روي أن رجلا تزوج امرأة، وشرط لها دارها، ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمرﷺ فقال: "لها شرطها"، فقال الرجل: إذا تطلقينا، فقال عمر:" مقاطع الحقوق عند الشروط"[1]، وروي مثل هذا عن سعد بن أبي وقاص، ومعاوية، وعمرو بن العاص ﷺ ،و لم يعلم لهم مخالف فكان إجماعا[2].

3- **من المعقول**: ولأنه شرط لها فيه منفعة لا يمنع من المقصود من النكاح؛ فكان لازما كما لو شرطت زيادة في المهر أو غير نقد البلد[3]، وكل ما كان مصلحة للعاقد هو مصلحة للعقد[4].

المطلب الرابع: مناقشة الأدلة

ناقش الحنابلة استدلال المخالفين بقوله ﷺ "كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل"، بأن المعنى: ليس في حكم الله، وهذه الشروط مشروعة، وذكرنا مما دلّ على مشروعيتها، وعلى من ادّعى الخلاف في مشروعيتها أو نفي ذلك الدليلُ.

كما أن قولهم "إن هذا يحرم الحلال" يجاب عنه بأنه لا يحرم حلالا؛ إنما يثبت للمرأة خيار الفسخ إذ لم يفِ لها به[5].

كما ناقش الشافعية استدلال الحنابلة بقوله ﷺ "إن أحق ما أوفيتم"، بأن ذلك فيما تبيّن أنه جائز، و لم تدل سنة رسول الله ﷺ على أنه غير جائز[6].

1- لفظ "مقاطع الحقوق عند الشروط" أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: الشروط في النكاح، 464/6، والقصة كاملة أخرجها: البيهقي: كتاب النكاح، باب: الشرط في النكاح، 249/7، وصححها الألباني، الإرواء، 303/6.

2- المغني 449/7.

3- المصدر نفسه.

4- كشاف القناع 91/5.

5- المغني 449/7.

6- الأم 248/10.

كما نوقش احتجاج الحنابلة بالإجماع بأنه غير صحيح؛ حيث ثبت عن جمع من الصحابة خلاف ذلك، وهو ما رواه البيهقي عن علي وابن عباس ﷺ، وعن عمر ﷺ روايتان، قال البيهقي:"روينا عن عمرو بن العاص بأنه قال: أرى أن يوفي لها شرطها، وقول الجماعة أولى"[1].

المطلب الخامس: الترجيح

تبين مما سبق ذكره من أقوال الفقهاء، وأدلتهم، ومناقشة تلك الأدلة، أن الشرطين المذكورين صحيحان، وعليه يستبعد قول الذين أبطلوهما، ويبقى الخلاف دائرا بين المالكية والحنابلة في حكم الوفاء بهما، وما يترتب على الخلف بذلك؛ فالحنابلة يوجبون الوفاء بذلك، بل ويجيزون للزوجة طلب الفسخ عند الخلف بهما، ولا يخفى في أن هذا تضييع لمقصد أعلى - وهو الحفاظ على الرابطة الزوجية والميثاق الغليظ الذي أخذه كل واحد من الزوجين على الآخر- لأجل الحفاظ على مقصد أدنى، وهو الحفاظ على تحقيق الوعد للزوجة، سّيما وقد يحصل للزوج ضرورة أو حاجة تحول بينه وبين الوفاء بوعده.

وعلى هذا يكون المصير إلى مذهب المالكية؛ فينبغي للزوج أن يفي بوعده، لأن الوفاء بالوعد مطلوب، وهو شيمة من مكارم الأخلاق، لكن إن لم يف بذلك لحاجة أو ضرورة، أو كان عدم الوفاء لحسن نية الزوج، فلا يحق للزوجة المطالبة بالفسخ.

أما إن ثبت أن الزوج أراد التزوج عليها، أو نقلها من بلدها إضرارا وتعسفا، فحينها يحق لها طلب الفسخ؛ للقواعد العامة في الشريعة التي تأمر برفع الضرر عن المتضرر كـــ: "لا ضر ولا ضرار" و "الضرر يزال".

وقد يكون هذا نوعا من تفسير اختلاف الرواية عن الصحابة؛ فعند ثبوت سوء النية بالقرائن الدالة يمكّنون الزوجة من المطالبة بالفسخ، وفي غير ذلك من الحالات لا يمكنونها من طلب الفسخ.

1- سنن البيهقي الكبرى 249/7، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته: عبد الله التنّاني. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 2005، ص 189.

الفصل الرابع: تفردات المالكية في الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها.

تمهيد

المبحث الأول: أثر نكاح المعتدة من الغير.

المبحث الثاني: حكم نكاح المريض.

المبحث الثالث: حكم نكاح الأمة على الحرة.

المبحث الرابع: حكم نكاح الحرة على الأمة.

المبحث الخامس: حكم أنكحة غير المسلمين.

المبحث السادس: أثر الرضاع بعد الفطام في الحولين.

المبحث السابع: نصاب الشهادة على الرضاع.

المبحث الثامن: حكم تزوج العبد أكثر من زوجتين.

تمهيد

سبق وأن عرفنا أن الشارع جعل عقد الزواج محاطا بجملة من المقدمات والمقومات، وهذه المقومات تتمثل في الأركان والشروط، فبكمالها ينعقد الزواج كاملا تاما، مرتبا لآثاره المنوطة به شرعا وواقعا، وكلما نقصت هذه المقومات أو اختلت، انعكس ذلك على العقد؛ فبعض النقائص والاختلالات يؤدي إلى بطلان العقد وفسخه مطلقا، ومنها ما يفسخ بسببه العقد قبل الدخول، ويثبت بعده، وبعضها يمكن تدارك النقص فيه واستمرار العقد سواء كان النقص قبل الدخول أو بعده؛ كل ذلك على حسب أهمية هذا المقوم في عقد الزواج.

ولقد ثبت في الشرع النهي عن بعض الأنواع من الأنكحة؛ لاختلال مقوماتها، أو لاحتوائها على ما لا يتوافق مع المقصد الشرعي من النكاح.

وفيما سبق ذكره، مجال كبير لاختلاف الفقهاء في تصحيح العقد، والحكم ببطلانه، بين مضيّق وموسّع، وكلهم بذلك يسعى إلى تحقيق مقصد الشارع، وحفظ أحكام الشرع من التلاعب والاستهزاء من جهة، ومن جهة أخرى إلى تحقيق مقصد المكلف، والتيسير عنه.

ولقد تتبعت تلك الأنواع من الأنكحة (الفاسدة والمنهي عنها) في أمهات الكتب، متصيدا مواطن انفراد المالكية، فوجدتها مسائل ثمان، حاولت من خلال معالجتها الوقوف على أدلة الفقهاء، وسبب انفراد المالكية وأهمية فقههم في هذه المسائل.

المبحث الأول: أثر نكاح المعتدة من الغير

اتفق الفقهاء على حرمة نكاح المعتدة من الغير حتى تنتهي عدتها؛ لقوله تعالى:﴿وَلَا تَعْزِمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ البقرة: ٢٣٥ ، كما اتفقوا على وجوب الفرقة بينهما إن وقع هذا النكاح على هذه الحال[1].

واختلفوا في أثر ذلك إذا دخل بها الثاني في العدة، هل يفيد ذلك الحرمة الأبدية على الثاني، أم أن الحرمة مؤقتة، ويعود بعد انتهاء عدتها خاطبا من الخطاب، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية إلى أنه إن دخل بها الثاني في العدة فرق بينهما، ولا تحل له أبدا[2].

وذكر ابن الجلاب رواية أخرى بأن له أن يتزوجها إذا انقضت عدتها[3]، وهذا تنزيلا له منزلة الزاني.

واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

1- **قول الصحابة**: قضاء عمر رضي الله عنه فيما رواه مالك: أن طليحة الأسدية كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها، فنكحت في عدتها، فضربها عمر بن الخطاب رضي الله عنه وضرب زوجها بالمخفقة ضربات، وفرق بينهما، ثم قال عمر رضي الله عنه : "أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها، فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا"[4].

وقد روي عن علي رضي الله عنه مثله و لم يعلم لهما مخالف فكان إجماعا.

1- بداية المجتهد 84/3، المغني 120/9.

2- الاستذكار 219/16، المنتقى 316/3، عقد الجواهر 434/2، إيضاح المسالك 134.

3- التفريع 415/1.

4- أخرجه مالك: كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، برقم 1612، ص343، والبيهقي: كتاب العدد، باب: اجتماع عدتين، 44/7.

2- **القياس:** ويقاس على قاتل العمد ومنعه من الإرث؛ لكونه استعجل الشيء قبل أوانه فيعاقب بحرمانه، كما يقاس على الملاعن؛ لكون دخول الثاني أدخل الشبهة في النسب فيتأبد عليه التحريم[1].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من: الحنفية[2]، والشافعي في الجديد[3]، والحنابلة في المذهب المختار[4]، إلى أن الحرمة ليست أبدية، ويجوز للثاني خطبتها من جديد فيعتبر خاطبا من الخطاب، واستدلوا لما ذهبوا إليه بما يلي:

1- **من القرآن:** بقوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ﴾ النساء: ٢٤، فالآية عامة، ولا يجوز تخصيص الآية بغير دليل.

2- **قول الصحابة:** ما روي عن عمر رضي الله عنه في تأبيد الحرمة خالف فيه علي رضي الله عنه؛ بل ثبت أن عمر رضي الله عنه رجع إلى قول علي رضي الله عنه-[5].

فعن مسروق قال: بلغ عمر رضي الله عنه أن امرأة من قريش تزوجها رجل من ثقيف في عدتها، فأرسل إليها عمر رضي الله عنه يفرق بينهما وعاقبهما، وقال لا ينكحها أبدا، وجعل صداقها في بيت المال، وفشا ذلك في الناس، فبلغ عليا رضي الله عنه فقال: يرحم الله أمير المؤمنين ما قال: الصداق وبيت المال إنما جهلا، فينبغي للإمام أن يردهما إلى السنة، قيل: فما تقول أنت فيهما؟ قال: لها الصداق بما استحل من فرجها، ويفرق بينهما ولا جلد عليهما، وتكمل عدتها من الأول، ثم تعتد من الثاني عدة كاملة ثلاثة أقرء، ثم يخطبها إن شاء، فبلغ ذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه ، فخطب الناس فقال: "أيها الناس، ردّو الجهالات إلى السنة[6]".

1- المدونة 531/1، المنتقى 317/3.
2- أحكام القرآن: الجصاص 133/2.
3- الحاوي 287/11، تكملة المجموع 191/18.
4- المغني 122/9، الإنصاف 299/9.
5- المصادر السابقة عدا الإنصاف.
6- أخرجه البيهقي: كتاب العدد، باب: الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني، 442/7.

3- **المعقول**: إذا كان الزنا بالمرأة لا يحرمها تحريما مؤبدا؛ فمن باب أولى أن لا يحرمها النكاح في العدة، لأن الزنا أعظم من النكاح في العدة[1].

وكما أن نكاحها بغير ولي لا يحرمها مؤبدا؛ فكذلك النكاح في العدة[2].

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف هو اختلافهم في كون قول الصاحب حجة أم ليس بحجة[3]. ويبدو أنه ليس السبب الوحيد في المسألة؛ إذ الظاهر أن قول المالكية مبني على تخصيص عموم الكتاب بقول الصحابي.

و إذا نظرنا في ما احتج به كل فريق يتبين:

1- ثبوت رجوع عمر ﷺ إلى قول علي وبالتالي؛ فقول الصحابي على عدم الحرمة الأبدية.

2- قياس المالكية ذلك على الملاعن، هو قياس ضعيف؛ ضعفه ابن رشد، وهو من المالكية[4].

3- ما استدل به الجمهور من المعقول يبطل قياس المالكية، وقد وافقهم على قياسهم ابن عبد البر[5]، وهو من المالكية.

وعليه فيظهر رجحان رأي الجمهور؛ من أن الدخول بالمعتدة لا يفيد الحرمة الأبدية، وأن الثاني يصير بعد الفرقة والعدة خاطبا من الخطاب.

أما جانب التغليظ والعقوبة لمرتكب ذلك والعالم به، فينبغي أن يدرج ضمن التعازير التي هي مجال واسع لاجتهاد الحاكم.

1- أحكام القرآن: الجصاص 133/2.

2- المغني 123/9.

3- بداية المجتهد 85/3.

4- المصدر نفسه.

5- الاستذكار 219/16.

المبحث الثاني: حكم نكاح المريض

اختلف الفقهاء في حكم نكاح المريض؛ فمن قائل بالمنع، ومن قائل بالجواز، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور إلى أنه يمنع نكاح المريض؛ رجلا كان أو امرأة في المرض المخوف الذي يتوقع منه الموت عادة، فإن وقع في هذه الحالة فإنه يفسخ قبل الدخول وبعده مالم يصح المريض[1].

وروى مطرّف[2] عن مالك أنه يجوز[3].

وأدلة القول المشهور ما يلي:

1- **من السنة**: علة فساد نكاح المريض هو أن فيه إدخال وارث جديد وإخراج وارث، ولا يخفى ما في ذلك من إضرار بالورثة، وهو منهي عنه، وأدلة ذلك:

أ- أحاديث النهي عن الضرر مطلقا، مثل قولهﷺ " لا ضرر ولا ضرار"[4].

ب- عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: "إن الرجل ليعمل والمرأة بطاعة الله ستين سنة، ثم يحضرهما الموت، فيضاران في الوصية، فتجب لهما النار" ثم قرأ أبو هريرة ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖۚ وَصِيَّةٗ مِّنَ ٱللَّهِۗ﴾ النساء: ١٢[5].

1- المدونة 246/2، النوادر والزيادات 559/4، الذخيرة 208/4، مسالك الدلالة 192.

2- هو: مطرف بن عبد الله بن مطرف بن سليمان بن يسار الهلالي، وهو ابن أخت مالك، صحب مالكا سبع عشرة سنة، خرّج له البخاري في صحيحه، توفي بالمدينة (220هــ)، ترجمته :(الانتقاء 105، الديباج 424، شجرة النور 86/1).

3- عقد الجواهر 448/2.

4- أخرجه ابن ماجه: كتاب الأحكام، باب: من بنى في حقه ما يضر بجاره، رقم 2340، 106/3، وصححه الألباني، إرواء الغليل408/3.

5- أخرجه: أبو داود عن أبي هريرة، كتاب: الوصايا، باب: كراهية الإضرار في الوصية، برقم 2867، 126/2، والترمذي: كتاب: الوصايا، باب: ما جاء في الضرار في الوصية، برقم 2117، 619/3، وابن ماجه: كتاب: الوصايا، باب: الحيف في الوصية، برقم 2704، 305/3، والحديث ضعفه الألباني في ضعيف أبي داود، ص223.

ج- عن أنس بن مالك ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ "من فرّ من ميراث وارثه قطع الله ميراثه من الجنة يوم القيامة"[1].

ووجه الاستدلال: أن المتزوج في المرض يدخل من تزوجه وارثا، ويخرج الوارث عن بعض ميراثه[2].

2- **القياس:**

أ- القياس على منع إخراج الوارث بالطلاق في المرض، فكذلك يمنع إدخاله بالنكاح في المرض لأن فيه إضرارا بالورثة[3]، وتوريث المطلقة في المرض ثابت عن عمر وعثمان وعلي وأبي بن كعب وابن الزبير ﷺ ، ولا مخالف لهم فكان إجماعا[4].

ب- القياس على الهبة والصدقة، فكما أن هبته وصدقته لا تجوز في أكثر من الثلث؛ فكذلك النكاح، لأن فيه إخراجا للمال في النفقة والمهر، وهذا مضر بالورثة[5].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

ذهب الجمهور من الحنفية[6] والشافعية[7] والحنابلة[8]، إلى أن المرض لا يعّد مانعا من النكاح، فيصح نكاح المريض أو المريضة أو كلاهما، فإن أصدقها مهر مثلها جاز ذلك، وإن أصدقها أكثر من مهر مثلها، فالزيادة باطلة وتعطى مهر مثلها.

واستدلوا لمذهبهم بالآتي:

1- **من القرآن:** عموم قوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾ النساء: ٣.

1- أخرجه ابن ماجه: كتاب: الوصايا، باب: الحيف في الوصية، برقم 2703، 304/3، وضعفه الألباني في ضعيف ابن ماجة، ص216.

2- الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر. مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط3، 1426هـــ، 2005م، 269/3.

3- مدونة الفقه المالكي وأدلته: الغرياني، 549/2.

4- الإشراف 750/2.

5- المعونة 526/1.

6- الحجة على أهل المدينة 348، شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه: سعد الدين التفتازاني، تحقيق: زكريا عميرات. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـــ، 1996م، 370/2.

7- الأم 293/10، الحاوي 278/8، روضة الطالبين 132/6، تكملة المجموع 439/15.

8- المغني 212/7، مجموع الفتاوى 19/32.

ووجه الاستدلال: أنه لم يفرق بين صحيح ومريض[1].

2- **أقوال الصحابة**: حيث يروى صحة النكاح في المرض عن جمع من الصحابة كالآتي:

أ- روي عن معاذ ﷺ في مرض موته قوله: "زوجوني لئلا ألقى الله عزبا"[2].

ب- وروي عن ابن مسعود ﷺ قال: " لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام ما أحببت إلا أن تكون لي زوجة"[3].

ج- ما روي أن عبد الرحمن بن أم الحكم تزوج في مرضه ثلاث نسوة أصدق كل واحدة ألفا ليضيق بهن على امرأته ويشركنها في ميراثها فأجيز ذلك[4].

3- **المعقول**: ولأن عقد النكاح عقد معاوضة يصح في الصحة ويصح في المرض كالبيع، ولأنه نكاح صدر من أهله في محله بشرطه فيصح في المرض كما صحّ في الصحة[5].

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

يرجع سبب الخلاف بين الفقهاء فيما ذكره ابن رشد إلى أمرين:

الأول: تردد النكاح بين البيع و بين الهبة؛ وذلك أنه لا يجوز هبة المريض إلا من الثلث، ويجوز بيعه.

الثاني: هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أولا يتهم؟[6].

ويمكن أن أسجل هنا أنه يحمد للمالكية تفطنهم لاعتبار مقاصد ومرامي التصرفات؛ فالإنسان في مرضه المخوف عادة يجنح إلى التقلل من شؤون الدنيا، وحرصه على النكاح في هذه المرحلة يجعلنا نتهمه بالإضرار بالورثة، لكن هذا الاتهام لا يكون بحال قاضيا على نكاحه بالفساد والبطلان؛ بل الواجب إذا قامت القرائن وشواهد الأحوال على فساد نيته بإدخال وارث جديد،

1- الحاوي 279/8.

2- أخرجه البيهقي: كتاب الوصايا، باب: نكاح المريض، 276/6، وابن أبي شيبة في المصنف، كتاب: النكاح، برقم 15903، 439/3.

3- أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب: النكاح، برقم 15906، 440/3.

4- أخرجه البيهقي: كتاب الوصايا، باب: نكاح المريض، 276/6.

5- المغني 212/7.

6- بداية المجتهد 84/3.

فإننا نعامله بنقيض مقصوده، وهو أننا نحكم بعدم الميراث لهذا الوارث الجديد، وبهذا يتحقق المقصد من الحفاظ على أنصبة الورثة من النقصان والضياع.

وإذا ثبت هذا؛ تبين أن فسخ نكاحه هو مبالغة في التغليظ عليه والعقوبة له، وهذا لم يعضده دليل.

وعليه يمكن القول بأن الأرجح هو صحة نكاحه، وإذا قامت القرائن على قصده الإضرار بالورثة يمنع الوارث الجديد من الإرث، ويبقى النكاح صحيحا.

المبحث الثالث: حكم نكاح الأمة على الحرة

اختلف الفقهاء في حكم نكاح الحر للأمة على الحرّة؛ أي أن يُدخل الحرّ الأمة شريكة على الحرّة، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور من المذهب إلى أنه يجوز للحرّ أن ينكح الأمة على الحرّة، ويثبت للحرّة الخيار في نفسها؛ إن شاءت أقامت معه، أو شاءت أن تفارقه [1].

كما يرى ابن الماجشون أن الخيار يثبت للحرّة خيار فسخ نكاح الأمة أو إقراره[2].

- وبالقول المشهور قال ابن القاسم وابن الماجشون، وهو القول الذي رجع إليه مالك.
- ويروى في المذهب القول بفسخ نكاح الأمة، وأن الحرّة تحته طول[3].

وهذا هو القول المرجوع عنه من قولي مالك، وبهذا قال أشهب وابن عبد الحكم[4].

ودليل القول المشهور:

1- **من القرآن:** الدليل على جواز نكاح الأمة على الحرّة هو عموم قوله تعالى ﴿ **وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ** ﴾ النور: ٣٢ [5].

2- **من المعقول:** الدليل على ثبوت الخيار للحرة للنقص الداخل عليها؛ بأن تكون ضرتها أمة[6]، وما قد يلحقها من العار والشين.

كما أن الزوج ربما لم تقنعه الحرة لشدة شهوته وقوة شبقه، فخاف العنت مع وجودها و لم يملك الطول لنكاح حرّة أخرى، سيّما وقد يمضي للحرّة زمان حيض يمنع فيه من إصابتها[7].

1- النوادر والزيادات 519/4، الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي 263/2، شرح الخرشي 221/3.

2- التفريع 392/1.

3- الاستذكار 229/16، المسالك 503/5.

4- النوادر والزيادات 519/4، المنتقى 320/3.

5- جامع الأمهات: أبو بكر بن الحاجب، تحقيق: أبي الفضل الطنجي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ، 2004م، ص149.

6- المنتقى 321/3.

7- الحاوي 237/9.

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من: الحنفية[1] والشافعية[2] والحنابلة في الأصح[3] إلى أنه لا يجوز نكاح الأمة على الحرة، ويفسخ نكاح الأمة إذا وقع.

وأدلتهم على ذلك ما يلي:

1- **من القرآن:** قوله تعالى ﴿ وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم ﴾ النساء: ٢٥.

وجه الاستدلال: إنه لما كان طول الحرّة يمنعه من نكاح الأمة؛ كان وجود الحرّة أولى أن يمنعه من نكاح الأمة؛ لأن القدرة على شيء أقوى حكما من القدرة على بدله[4].

2- **من السنة:** قوله ﷺ "لا تنكح الأمة على الحرة"[5].

وجه الاستدلال: الحديث صريح في منع نكاح الأمة على الحرة، وهو ناسخ لما في الكتاب، أو مبين له بطريق التخصيص[6].

3- **من المعقول:** لا يجوز نكاح الأمة على الحرة لما فيه من مزاحمة ناقصة الحال لكاملة الحال، وإدخال على الحرة من لا تساويها في القسم، وذلك يشعر بالإهانة، وإلحاق الشين، والنقصان الحالّ، وهذا لا يجوز[7].

1- البناية 51/5، الاختيار لتعليل المختار 99/3.

2- الحاوي 237/9.

3- المغني 511/7، الإنصاف 107/8.

4- الحاوي نفسه.

5- أخرجه الدارقطني: كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره، برقم 112، 39/4، وأخرجه البيهقي عن الحسن: كتاب النكاح، باب: لا تنكح أمة على حرة وتنكح الحرة على الأمة، 175/7، بلفظ "نهى رسول الله ﷺ أن تنكح الأمة على الحرة" والحديث في إسناده مظاهر بن أسلم ضعيف، نصب الراية222/3، وحسن ابن حجر إسناده موقوفا عن علي وجابر. تلخيص الحبير، 171/3.

6- الاختيار نفسه.

7- بدائع الصنائع 266/2.

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

الذي يظهر أن الخلاف راجع إلى تعارض عموم قوله تعالى ﴿ وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ ﴾ النور: ٣٢، وحديث الآحاد الوارد في منع ذلك، ويمكنني أن أسجل هنا ملاحظتين:

الأولى: هي أن قول الحنفية بمنع نكاح الأمة على الحرة هو تخصيص لعموم الآية السابقة بخبر الآحاد، ومعلوم أنهم لا يجيزون تخصيص النص القرآني العام بحديث الآحاد؛ لقطعية دلالة العام عندهم.

الثانية: الأصل أن المالكية يخصصون عمومات القرآن بأخبار الآحاد، ولكن في مسألتنا لم يخصصوا الآية بهذا الحديث، إما لعدم ثبوته عندهم، أو يسجل عليهم مناقضة لأصلهم في ذلك.

وممّا سبق ذكره، وبالنظر في تخريج الحديث ودرجة صحته إما أن يصح مرفوعا أو موقوفا، كما أنه في حالة صحته موقوفا، يعطى حكم المرفوع؛ لكون هذه الأحكام لا يمكن للصحابي إصدارها إلا عن طريق السماع من النبي ﷺ ، وعلى هذا يمكن تخصيص الآية به، وبذلك يترجح رأي الجمهور القائلين بعدم جواز نكاح الأمة على الحرة.

وأستأنس هنا بما ثبت عن النبي ﷺ أنه عند زواجه من صفية -رضي الله عنها-: "أعتقها ثم تزوجها، وجعل عتقها صداقها".[1]

فيمكن أن يستشف من فعله ﷺ ما يدعم رأي الحرمة.

1- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب من جعل عتق الأمة صداقها، برقم 5086، 443/6.

المبحث الرابع: حكم نكاح الحرة على الأمة

ذهب عامة الفقهاء إلى أنه يجوز للحرّ أن يتزوج الحرّة على الأمة، ولكن اختلفوا في أثر ذلك على الحرّة إن لم تعلم بوجود الأمة قبلها، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم:

المطلب الأول: مذهب المالكية وحجتهم

ذهب جمهور المالكية إلى أنه يجوز للحر أن يتزوج الحرة على الأمة، ولكن اختلفوا في أثر ذلك على الحرة إن لم تكن تعلم بوجود أمة قبلها[1]، فالمشهور أنه يثبت الخيار للحرة، وروى أشهب أنه لا خيار للحرة[2].

واستدلوا للقول المشهور:

من السنة: بما ثبت في البخاري في حديث المسور قال: " سمعت النبي ﷺ على المنبر يقول: إن بني هشام بن المغيرة استأذنوني في أن ينكحوا ابنتهم علي بن أبي طالب، فلا آذن، ثم لا آذن، ثم لا آذن، إلا أن يريد ابن أبي طالب أن يطلق ابنتي وينكح ابنتهم؛ فإنما هي بضعة مني يريبني ما أرابها ويؤذيني ما آذاها"[3].

وجه الاستدلال: قال ابن بطال[4]: وفيه دليل أن لا تجتمع أمة وحرة تحت رجل إلا برضا الحرة؛ لأن النبي ﷺ لم يجعل بنت عدو الله مكافئة لبنت رسول الله ﷺ، فكذلك المرأتان غير المتكافئتين بالحرية في الإسلام، لا تجتمعان إلا برضا الحرة؛ ألا ترى أن رضا فاطمة -رضي الله عنها- لو تأتى منها لما منع رسول الله ﷺ ذلك؛ لأنه قال: "يؤذيني ما آذاها وأخاف أن تفتن في دينها" و لم تكن بنت عدو الله مأمونة عليها أن تكون ضرة وصاحبة لها[5].

1- المدونة 137/2، الاستذكار 229/16، الذخيرة 343/4، 348.

2- النوادر والزيادات 522/4.

3- أخرجه البخاري: كتاب النكاح، باب: ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف، برقم 5230، 489/6.، ومسلم: كتاب الفضائل، باب: فضائل فاطمة بنت النبي ﷺ ، برقم 6257، 221/16.

4- هو:علي بن خلف بن عبد الله بن بطال، يعرف باللجام، من أهل قرطبة، أصله يماني، فقيه مالكي، عالم بالحديث، نقل عنه ابن حجر كثيرا في فتح الباري، من مؤلفاته: شرح البخاري، الاعتصام في الحديث، توفي (449هـ). ترجمته: (الأعلام 285/4، معجم تراجم45).

5- شرح ابن بطال على البخاري 395/7.

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

ذهب الجمهور من الحنفية[1]، والشافعية[2]، والحنابلة[3]، إلى جواز نكاح الحرة على الأمة، و لم يذكروا الخيار للحرة في ذلك؛ فدل على أن النكاح لازم لها.

وأدلتهم على لزوم النكاح للحرة هي أدلة صحة نكاحها على الأمة وهي:

1- **من السنة:** ما ثبت عنه ﷺ "وتنكح الحرة على الأمة"[4].

2- **قول الصحابة:** ما يروى عن علي ﷺ أنه قال: "إذا تزوج الحرة على الأمة، قسم للحرة ليلتين وللأمة ليلة"[5].

المطلب الثالث: الترجيح

يظهر رجحان رأي الجمهور؛ من لزوم النكاح للحرة إذا نكحت على الأمة، وهذا لموافقته للأصل؛ إذ الأصل في النكاح اللزوم وعدم الخيار، فمن أثبت الخيار يطالب بالدليل، وواضح أن دليل المالكية ضعيف لما فيه بُعد وتكلف.

كما لا يسلّم بأن مشاركة الأمة الحرة في الرجل هو إهانة وشين للحرة.

1- بدائع الصنائع 262/2.

2- الحاوي 241/9.

3- المغني 513/7، كشاف القناع 87/5، الإنصاف 106/8.

4- أخرجه الدارقطني عن عائشة: كتاب النكاح، برقم 112، وفي مظاهر بن أسلم ضعفوه، نصب الراية 822/3، تلخيص الحبير 171/3.

5- سبق تخريجه.

المبحث الخامس: حكم أنكحة غير المسلمين

اختلف الفقهاء في حكم أنكحة غير المسلمين، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور إلى أن أنكحة الكفار فاسدة[1]، سواء وافقت شروط المسلمين أم لا، واستدلوا لذلك بما يلي:

1- **من السنة:** قولهﷺ "اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم فروجهن بكلمة الله"[2].

وجه الاستدلال:أن النبي ﷺ رتَّب ملك البضع للرجل على زوجته على كتاب الله ودين الإسلام، فعلم أنه لا يجوز أن يملكها بغير ذلك[3].

2- **من المعقول:** أن صحة النكاح مفتقرة إلى شروط، ومن شروط صحة الزواج إسلام الزوج، وهو لا يتأتى استيفاؤه[4].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

ذهب الجمهور من الحنفية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، إلى أن الأصل في نكاح المشركين الصحة، وقاعدتهم في ذلك: "كل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح بين غيرهم".

واستدلوا لذلك بما يلي:

1- عيون المجالس 1116/3، الإشراف 709/2، الذخيرة 326/4، 327، الكافي 271، مواهب الجليل للحطاب 135/5.

2- أخرجه مسلم: كتاب الحج، باب: حجة النبي ﷺ، برقم 2941، 412/8.

3- الحاوي 301/9.

4- الخرشي 227/3.

5- شرح فتح القدير 283/3، بدائع الصنائع 310/2، المبسوط 38/5 فما بعدها.

6- الأم 188/10، الحاوي نفسه، تكملة المجموع 299/16-300.

7- المغني 531/7، الإنصاف 206/8، أحكام أهل الذمة: ابن القيم، تحقيق: أبي البراء البكري وأبي أحمد العاروري. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م، 614/2.

1- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿ **وَٱمۡرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلۡحَطَبِ** ﴾ المسد: ٤، وفي امرأة فرعون ﴿ **وَقَالَتِ ٱمۡرَأَتُ فِرۡعَوۡنَ قُرَّتُ عَيۡنٖ لِّي وَلَكَۖ** ﴾ القصص: ٠٩

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أضاف إليهم مناكح نسائهم، والإضافة قاضية عرفا ولغة بالنكاح[1]، وهي محمولة على الحقيقة مقتضية التمليك[2].

2- **من السنة:**

أ- قوله ﷺ "خرجت من نكاح و لم أخرج من سفاح"[3]، ولا شك أن مناكح آبائه كانت في الجاهلية والشرك قبل الإسلام؛ فدل على صحتها ووقع الفرق بينها وبين السفاح[4].

ب- إقراره ﷺ لأنكحة من أسلموا من المشركين، و لم يسألهم عن شروط النكاح ولا عن كيفيته؛ فأسلم فيروز عن أختين، فقال له النبي ﷺ: اختر أيتهما شئت[5]، وأسلم ابن غيلان عن عشر، فقال له ﷺ: اختر أربعا[6].

وجه الاستدلال: لو لم يكن نكاح من ذكرنا صحيحا لما خيره النبي ﷺ، ولأمره بتجديد نكاحه، كما أنه من حين ظهرت دعوته ﷺ والناس يتواردون الإسلام إلى أن توفي ﷺ على ما قيل عن سبعين ألف مسلم غير النساء، و لم ينقل قط أن أهل بيت جددوا أنكحتهم بطريق صحيح ولا ضعيف، ولو كان لقضت العادة بنقله[7].

1- شرح فتح القدير 283/3.

2- الحاوي 301/9.

3- أخرجه الطبراني عن علي: في المعجم الأوسط، برقم 4725، 366/5، والبيهقي قريبا منه، كتاب النكاح، باب نكاح أهل الشرك وطلاقهم، 190/7، وقال ابن حجر: إسناده ضعيف. تلخيص الحبير 176/3، وحسنه الألباني، الإرواء 329/6.

4- الحاوي نفسه.

5- أخرجه أبو داود: كتاب الطلاق، باب من أسلم وعنده أكثر من أربع أو أختان، برقم 2243، 681/1، والترمذي: كاب النكاح، باب ما جاء في رجل يسلم وعنده أختان، برقم 1129، 423/2، وقال: حديث حسن، وابن ماجة: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أختان، بلفظ "طلق أيهما شئت"، برقم 1951، 463/2.

6- أخرجه الترمذي: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده عشر نسوة، برقم 1128، 421/2، وابن ماجة: كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربع نسوة، برقم 1953، 464/2 ، بلفظ "خذ منهن أربعا"، والحديث صححه الألباني، الإرواء 291/6.

7- شرح فتح القدير نفسه.

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

يرجع سبب الخلاف في المسألة إلى اختلافهم في شرطية إسلام الزوج لصحة النكاح. وأشار ابن الهمام إلى سبب الخلاف بقوله: " بناء على تناول الخطاب العام إياهم"[1].

وصرح الونشريسي[2] بكون الخلاف مبنيا على اختلافهم في مخاطبة الكفار بفروع الشريعة[3].

وعند النظر في أدلة الفريقين يتبين الآتي:

أ- أن استدلال المالكية بالخبر مردود عليه بأن معناه إنما ملكتم فروجهن بإباحة الله، كما دلّ على الإباحة إقرار النبي ﷺ للمشركين على أنكحتهم[4].

ب- كما أن دعواهم اشتراط إسلام الزوج لصحة النكاح لم يعضدها دليل.

كما أن قول المالكية استشكله الإمام القرافي المالكي، وصرّح بأن الحق الأسلم هو القضاء على عقودهم بالصحة حتى يعلم فسادها كالمسلمين، لأنه لم يدل دليل على أن الكفر مانع من عقد النكاح، ولا قادح في صحته[5].

وهذه المسألة يظهر أثرها عند إسلام الزوجين، أو عند ترافع الكافرين إلينا، أما عند بقائهما على كفرهما دون ترافع إلينا فلا يكون لها أثر في الواقع العملي.

ومما سبق يظهر رجحان رأي الجمهور من أن أنكحة غير المسلمين تعامل معاملة أنكحة المسلمين، فما صحّ عند المسلمين صحّ عند غيرهم، وما لا فلا.

1- المصدر السابق.

2- هو: أحمد بن يحيى بن محمد، أبو العباس، الونشريسي، التلمساني الأصل والمنشأ، فقيه مالكي، أخذ عن علماء تلمسان، وأُمتحن من حكومتها آنذاك، وفرّ إلى فاس عام (874هـ)، وسكنها حتى مات (914هـ)،من مؤلفاته: المعيار المعرب، القواعد، ترجمته: (شجرة النور 397/1، معجم تراجم 351).

3- إيضاح المسالك 116.

4- الحاوي 301/9.

5- الفروق (أنوار البروق في أنواء الفروق): شهاب الدين القرافي، دراسة وتحقيق: أ.د محمد سرّاج، أ.د علي جمعة.دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 2001، 913/3.

المبحث السادس: أثر الرضاع بعد الفطام في الحولين

اتفق الفقهاء على أن الرضاع في الحولين يحرّم، ما لم ينفطم الولد قبلهما[1]، واختلفوا إذا حصل الفطام في الحولين واستغنى الولد فيهن عن اللبن، وصار غذاؤه غير اللبن، ثم أرضعته امرأة بعد ذلك وهو في الحولين، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور إلى أن الرضاع في الحال التي ذكرت لا يحرّم[2].

وذهب مطرف وابن الماجشون -من المالكية- إلى أن الرضاع ينشر الحرمة مادام في الحولين[3].

وأدلة القول المشهور ما يلي:

1- من السنة: استدلوا بجملة من الأحاديث:

أ- قوله ﷺ "إنما الرضاعة من المجاعة"[4]،

ب- وقوله ﷺ " لا رضاع إلا ما شد العظم وأنبت اللحم"[5].

وجه الاستدلال: النصوص تعلق الرضاعة على الحاجة إليها، والولد إذا انفطم واستغنى عن اللبن؛ صار غير محتاج إليه، فلم يكن الرضاع إذ ذاك محرما.

1- بداية المجتهد 72/3.

2- المدونة 408/2، التفريغ 430/1، عيون المجالس 1389/3، بداية المجتهد 73/3.

3- النوادر والزيادات 75/5، المنتقى 151/4، ونسب ابن شاس القول بالحرمة لأصبغ كذلك، عقد الجواهر 591/2.

4- أخرجه: البخاري عن عائشة: كتاب النكاح، باب لا رضاع بعد حولين، برقم 5102، 448/6، ومسلم: كتاب الرضاع، باب إنما الرضاعة من المجاعة، برقم 3591، 276/9.

5- أخرجه أبو داود عن ابن مسعود: كتاب النكاح، باب في رضاع الكبير، برقم 2059، 627/1، والحديث ضعفه الألباني في الإرواء، 224/7.

ج- وقوله ﷺ "لا يحرّم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء في الثدي وكان قبل الفطام"[1].

وجه الاستدلال: أن الحديث يدل صراحة على ترتيب حرمة الرضاعة على ما كان قبل الفطام.

2- **القياس:** كما يقاس رضاع من استغنى عن الرضاع في الحولين على ما لم لو كان الرضاع بعد المدة[2]، لأن الولد إذ فطم واستغنى بالطعام عن اللبن، دلّ على أن عيشه تحول إلى الطعام، فهو في حكم الكبير[3].

3- كما أن الحولين مدة لنهاية الرضاع وإكماله لقوله تعالى ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ۖ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ ٱلرَّضَاعَةَ ﴾ البقرة: ٢٣٣، فعلق ذلك بإرادة من يريد إتمام الرضاعة[4].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

ذهب الحنفية في الأظهر[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، إلى أنه لا عبرة بالفطام في الحولين وأن الرضاع في الحولين يحرّم، سواء أفطم الولد فيهما أم لا.

واستدلوا لذلك بما يلي:

1- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿ وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ ﴾ البقرة: ٢٣٣.

2- **من السنة:** قوله ﷺ " لا رضاع إلا ما كان في الحولين"[8].

1- أخرجه الترمذي: كتاب الرضاع، باب: ما جاء أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين، برقم 1152، 446/2، والنسائي: كتاب النكاح، باب: الرضاعة بعد الفطام قبل الحولين، برقم 5441، 201/5، وصححه الألباني في الإرواء، 221/7.

2- الإشراف 805/2، المعونة 649/1، الاستذكار 258/18.

3- المدونة 408/2.

4- المنتقى 151/4

5- شرح فتح القدير 310/3، البناية 263/5.

6- الحاوي 368/11، تكملة المجموع 213/18.

7- المغني 203/9، الإنصاف 334/9.

8- أخرجه الدارقطني: كتاب الرضاع، رقم 10، 174/4. والبيهقي: كتاب الرضاع، باب ما جاء في تحديد ذلك بالحولين، 462/7، وقال: الصحيح موقوف.

وجه الاستدلال: تقدير الرضاع بالحولين يقتضي أن يكون معتبرا بالزمان دون غيره، ولأن تعليقه على الفطام واستغنائه بالطعام اجتهاد، وتعليق الحكم بالنص أولى من تعليقه بالاجتهاد[1].

كما أن اعتباره بالحولين عام، واعتباره بالاستغناء خاص، واعتبار ما عم أولى من اعتبار ما خص[2].

واعتبار التقدير بالحولين هو إقامة المظنة مقام المئنة؛ فإن ما قبل المدة مظنة عدم الاستغناء[3].

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

يرجع سبب اختلافهم إلى الاختلاف في فهم قوله ﷺ "إنما الرضاعة من المجاعة"، فإنه يحتمل أن يريد بذلك الرضاع الذي يكون في سن المجاعة كيفما كان الطفل، وهو سن الرضاع، ويحتمل أن يريد إذا كان الطفل غير مفطوم؛ فإن فطم في بعض الحولين لم يكن رضاعا من المجاعة[4].

والذي يتبين بعد عرض أدلة الفقهاء: أن أدلة المالكية أوجه وأرجح، وأن الفيصل بين الكبير والصغير هو الفطام؛ فالولد إذا استغنى عن اللبن تماما دلَّ هذا على كونه قد صار حكمه غير حكم من لم يستغن بعد، أما الآية والأحاديث التي نصت على الحولين فهي في حالة ما لم يفطم؛ فيكون الحولان بمثابة الفطام في الأحاديث، وبهذا يتم الجمع بين الأدلة وإعمال الدليلين خير من إهمال أحدهما.

1- الحاوي 368/11، تكملة المجموع 213/18.
2- نفس المصدرين.
3- شرح فتح القدير 310/3، البناية 263/5.
4- بداية المجتهد /73/3.

المبحث السابع: نصاب الشهادة على الرضاع

اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على ثبوت الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين من أهل العدالة[1]، واختلفوا في الحد الأدنى من الشهود (جنسا وعددا) الذي يثبت به الرضاع، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور إلى ثبوت الرضاع بشهادة امرأتين، واشترط ابن القاسم في روايته عن مالك أن يفشو قولهما قبل ذلك، أما إن لم يفش قولهما قبل ذلك فيؤمر بالتتره ولا يفسخ عقد الزواج المترتب على ذلك[2].

ولم يشترط مطرّف وابن الماجشون وابن نافع وابن وهب وأصبغ أن يكون قول المرأتين فاشيا قبل الشهادة، إذا كانت الحال أنهما لا تتهمان[3].

ويروى عن مالك أنه يجوز شهادة الواحدة إذا فشا قولها قبل ذلك[4].

واستدل المالكية لقبول شهادة النساء منفردات في الإرضاع، بأن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال في الغالب، ولا يحضرونه كالولادة والاستهلال، كما أنها شهادة على عورة لشهادة النساء مدخل فيها، فجاز أن يقبلن فيها منفردات.

واستدلوا على تحديد النصاب باثنتين: بأن شهادة النساء في الرضاع هي أصل، لا بدل عن شهادة الرجال، وما كانت شهادتهن فيه أصلا كان نصابه كنصاب الرجال اثنان[5].

ولا تقبل شهادة الواحدة -على المشهور- لأن الإجماع قائم على عدم القضاء بشهادة الرجل الواحد، فمن باب أولى أن لا تجوز شهادة المرأة الواحدة، سيّما وأن المتقرر أن شهادة الرجل أبلغ من شهادة المرأة[6].

1- الفقه الإسلامي: الزحيلي 715/7.

2- المدونة 411/2، عيون المجالس 1393/3، الإشراف 969/2، الذخيرة 278/4.

3- النوادر والزيادات 84/5، عقد الجواهر 594/2.

4- بداية المجتهد 76/3، المنتقى 220/5.

5- الإشراف نفسه.

6- المنتقى نفسه.

المطلب الثاني: مذهب الحنفية وأدلتهم

ذهب الحنفية[1] إلى أنه لا يجوز انفراد النساء بالشهادة على الرضاع، ولا تقبل شهادة أقل من رجلين أو رجل وامرأتين.

واستدلوا لذلك بما يلي:

1- **قول الصحابة**: بما روي عن عمرﷺ أنه قال: "لا يقبل على الرضاع اقل من شاهدين"[2].

وكان ذلك بمحضر من الصحابة، و لم يظهر النكير من أحد فيكون إجماعا.

2- **المعقول**: لأن شهادة النساء تجوز للضرورة، وفي الرضاع لا ضرورة لأنه من باب ما يطلع عليه الرجال فلا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد ،كالمال.

- كما أن ثدي المرأة يجوز للمحارم النظر إليه؛ فلم تكن ضرورة[3].

- لأن الرضاع لا يتوقف على إلقام الثدي؛ لجواز حصولها بالوَجُورِ والسَّعُوط[4].

- ولأن إثبات الرضاع يفيد إبطال ملك النكاح، وإبطال ملك النكاح لا يثبت إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين[5].

المطلب الثالث: مذهب الشافعية وأدلتهم

ذهب الشافعية إلى أن شهادة النساء على الرضاع جائزة، ولا يجوز أقل من أربع حرائر بوالغ عدول.

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ ﴾ البقرة: ٢٨٢.

1- شرح فتح القدير 324/3، بدائع الصنائع 14/4، البناية شرح الهداية 279/5.

2- أخرجه البيهقي: كتاب الرضاع، بال: شهادة النساء في الرضاع، بلفظ "لا حتى يشهد رجلان أو رجل وامرأتان"، 463/7.

3- بدائع الصنائع نفسه.

4- شرح فتح القدير 324/3. والوجور: ماصب في الحلق من اللبن، والسعوط ما يصب في الأنف (تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي ص ص74،141).

5- البناية 279/5.

وجه الاستدلال: أنه أقام المرأتين مقام الرجل الواحد، ودلّت الآية على عدم قبول أقل من رجلين، ففي النساء لا يجزيء أقل من أربع[1].

المطلب الرابع: مذهب الحنابلة وأدلتهم

ذهب الحنابلة إلى جواز انفراد النساء بالشهادة على الرضاع، أما عن النصاب فالمذهب وما عليه الأصحاب هو أن شهادة المرأة الواحدة المرضية يجزئ[2].

واستدلوا لجواز انفرادهن بالشهادة بأنها شهادة على عورة؛ فقبل فيها شهادة النساء كالولادة، أما عن قبول شهادة الواحدة منهن فاستدلوا بما يلي:

1- **من السنة**: ما رواه عقبة بن الحارث ﷺ قال: تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما؛ فأتيت النبيﷺ فذكرت ذلك له، فقال: "كيف وقد زعمت ذلك"[3]، والحديث مخصص لآية الشاهدين[4]، وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة.

2- **قول الصحابة**: بأنه فرّق في زمن عثمان ﷺ بين أهل أبيات، بناء على شهادة امرأة واحدة.

3- **القياس**: تقاس شهادة المرأة الواحدة في الرضاع على قبول خبرها[5].

المطلب الخامس: مناقشة الأدلة

نوقش استدلال الحنابلة بالخبر السابق من أوجه:

"1- أن إعراض النبيﷺ عنه لا يدل على الحكم بشهادة في الإمضاء ولا في الرّد، وإنما أجراه مجرى الخبر الذي يحتمل الصدق والكذب، فلم يقطع بأحدهما.

2- أن قول النبيﷺ في بعض الروايات "لا خير لك فيها" طريقه الاختيار والاستحباب دون الإلزام والإيجاب، ولو حرمت عليه لأخبره بذلك.

3- أن السوداء التي شهدت كانت أمة، وشهادة الأمة غير مقبولة"[6].

1- الحاوي 402/11.

2- المغني 222/9، الإنصاف 348/9.

3- أخرجه: البخاري: كتاب النكاح، باب شهادة المرضعة، برقم 5104، 449/6.

4- نيل الأوطار 444/6.

5- المغني 223/9.

6- الحاوي 403/11

وبذلك يتعين حمل الحديث على الندب أوالاحتياط والتتره، جمعا بينه وبين الأصول[1].

سيما وقد روي أن رجلا تزوج امرأة، فجاءت امرأة فزعمت أها أرضعتهما، فسأل الرجل عليّا ﷺ فقال: هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك، فإن تترهت فهو أفضل، وسأل ابن عباس ﷺ فقال له مثل ذلك[2].

ورد الحنابلة "بأن النهي عند الأصوليين للتحريم ولا يعرف عنه إلى غيره إلا بقرينة صارفة، وأن حمله على الاختلاف مخالفة للظاهر، كما أنه قد ثبت النهي بعدة روايات "دعك منها"[3] أو "كيف وقد قيل"[4] أو "لا خير لك فيها[5] "[6].

المطلب السادس: سبب الخلاف والترجيح

سبب الخلاف في كون النصاب أربعا أو اثنتين هو اختلافهم في شهادة النساء: هل عديل كل رجل هو امرأتان فيما ليس يمكنه فيه شهادة الرجل، أو يكفي في ذلك امرأتان...

وأما اختلافهم في قبول شهادة المرأة الواحدة؛ فمخالفة الأثر الوارد في ذلك للأصل المجمع عليه، أعني أنه لا يقبل من الرجل أقل من اثنتين، وأن حال النساء في ذلك إما أن يكون أضعف من حال الرجال، وإما أن تكون أحوالهن في ذلك مساوية للرجال[7].

وبعد النظر في أقوال المذاهب وأدلتها يتبين لي ما يلي:

1- بداية المجتهد 76/3.

2- أخرجه: ابن أبي شيبة في المصنف: كتاب النكاح، باب في رجل يتزوج المرأة فتجئ المرأة فتقول قد أرضعتكما، برقم 16424، 448/3

3- أخرجه : البخاري: كتاب النكاح، باب شهادة المرضعة، برقم 5104، 449/3.

4- أخرجه : النسائي: كتاب القضاء، باب شهادة المرأة على فعل نفسها، برقم 5983، 442/5.

5- أخرجه: الدارقطني: كتاب الرضاع، برقم 19، 177/4.

6- نيل الأوطار 444/16.

7- بداية المجتهد 76/3.

1- أنه قبل وقوع الزواج يمكن الأخذ بمذهب الحنابلة، وأن شهادة المرأة الواحدة كافية لإثبات الرضاع، ولا يخفى ما في هذا من الاحتياط لما قد يحدث فيما بعد في نفوس الأزواج من زعزعة واضطراب، وقلق قد يؤدي إلى ما لا يحمد عقباه.

2- أما حالة كون الزواج واقعا؛ فينبغي التضييق والتشدد في قبول الخبر، وذلك لقيام التهمة، نظرا لتأخر الشاهد عن الإدلاء بشهادته إلى هذا الوقت في هذا الأمر الخطير.

كما أن هذا الميثاق الغليظ الذي ثبت واستقر، وترتبت أحكامه من صداق ونفقة وإنجاب... لا يمكن رفعه وإلغاؤه إلا بعد التأكد والجزم بيقينية هذا الرضاع، وبذلك يترجح العمل بمذهب المالكية.

المبحث الثامن: حكم تزوج العبد أكثر من امرأتين

أجمع العلماء على أنه يجوز للعبد أن ينكح اثنتين[1]، واختلفوا في ما زاد على ذلك، وفيما يلي مذاهبهم وأدلتهم.

المطلب الأول: مذهب المالكية وأدلتهم

ذهب المالكية في المشهور إلى جواز نكاح العبد لأربع.

وبمقابل المشهور روى ابن مواز عن ابن وهب عن مالك أنه لا يجوز للعبد إلا اثنتين[2].

وأدلة القول المشهور:

1- **من القرآن:** قوله تعالى: ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ ﴾النساء: ٠٣.

وجه الاستدلال: أن الخطاب عام، ولم يفرق بين عبد وحر؛ فكان للعبد أن ينكح أربعا مثل الحر.

2- **من المعقول:** أن النكاح طريقه الشهوة والملاذ، وما كان كذلك يتساوى فيه حكم الحر والعبد، كالأكل والشرب[3].

كما أن النكاح من العبادات فالحر والعبد فيها سواء، بخلاف الطلاق فإنه في معنى الحدود[4].

المطلب الثاني: مذهب الجمهور وأدلتهم

وذهب الجمهور من: الحنفية[5]، والشافعية[6]، والحنابلة[7]، إلى أنه لا يجوز للعبد أن ينكح أكثر من اثنتين.

1- المغني 437/7.

2- المدونة 199/2، النوادر والزيادات 518/4، أحكام القرآن لابن العربي 313/3، الجامع للأحكام الفقهية 246/2، القوانين الفقهية 158، مسالك الدلالة 236.

3- المنتقى 397/3.

4- مواهب الخليل من أدلة الخليل 61/3.

5- شرح فتح القدير 148/3، البناية 55/5.

6- الأم 139/10، الحاوي 168/9.

7- المغني 473/7، الإنصاف 131/8.

واحتجوا لمذهبهم بما يلي:

1- **الإجماع**: من طريقين[1].

أ- يروى أن عمر ﷺ سأل الناس: كم يتزوج العبد؟ فقال عبد الرحمن بن عوف ﷺ: نكاحه اثنتين وطلاقه اثنتين، فدل ذلك على أنه بمحضر الصحابة وغيرهم، ولم ينكر أحد فكان إجماعا.

ب- ما روي عن الحكم بن عتيبة قال: أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح أكثر من اثنتين.

2- واستدلوا -وهو على سبيل الاستئناس- بقوله تعالى ﴿ ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم مِّن شُرَكَاءَ ﴾ الروم: ٢٨، فالآية تدل على نفي المساواة بين العبد والحر[2].

3- **المعقول**: بأن في النكاح ملك، والعبد ينقص في الملك على الحرّ[3].

المطلب الثالث: سبب الخلاف والترجيح

ذكر ابن رشد أن سبب الخلاف هو: هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحر في الزنا؟[4].

- كما يظهر أن الخلاف مردّه إلى كون النكاح هل هو من قبيل العبادات؛ فيتساوى فيه العبد والحر -كالصلاة والصيام وغيرها-، أم أن النكاح ليس من العبادات؛ فيختلفان فيه.

وإذا نظرنا إلى أدلة الفريقين، وإلى عمدة الأدلة عند المالكية وهي الآية المذكورة، فإنه يتبين أن سياقها من أولها إلى آخرها متجه إلى الأحرار ولا يشمل العبيد، وذلك من أوجه أثبتها المخالفون لهم:

"1- لأن قوله تعالى﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ ﴾ النساء: ٣، متوجه إلى الأحرار لأنهم يكونون على اليتامى.

1- الحاوي 168/9، المغني 437/7.

2- الحاوي 168/9.

3- المغني 438/7.

4- بداية المجتهد 77/3.

2- وقوله ﴿ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ ﴾ النساء: ٣، متوجه إلى الأحرار لأن العبد لا يملك أن ينكح ما طاب لنفسه، والمقصود أنه لا يتزوج إلا بإذن سيده.

3- وقوله عز وجل ﴿ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ ﴾ النساء: ٣، متوجه إلى الأحرار لأن العبد لا يملك"[1].

وعلى فرض التسليم بأنها تعم الأحرار والعبيد، فإن الإجماع المذكور يخصص عمومها[2]، وبهذا يتقرر أن مذهب المالكية في المسألة ضعيف، والراجح هو قول الجمهور: من أن العبد لا ينكح إلا اثنتين، وإلى هذا القول ذهب جمع من المحققين من المالكية كابن عبد البر[3] وابن العربي[4] والقرطبي[5] صاحب الجامع.

1- الأم 139/10، الحاوي 168/9.
2- المغني 458/7.
3- الاستذكار 308/16.
4- أحكام القرآن 313/1.
5- الجامع للأحكام الفقهية 246/3.

خاتمة

خاتمة البحث

بعد أن منّ الله علي بإتمام هذا البحث، ها أنا أسجل مجمل النتائج التي توصلت إليها:

1)التأليف المبكر للحنابلة في مفردات الإمام أحمد، وتأخره عند سائر المذاهب له أسبابه ومبرراته، التي منها أن الحنابلة بتأليفهم في المفردات دفعوا عن المذهب تهمة كونه مذهب حديث لا مذهب فقه.

2)المسائل التي انفرد بها المالكية عن غيرهم، لم تكن بمقام واحد من حيث الحكم عليها بالقوة أو الضعف؛ ففيها ما يظهر منه براعة الفقه وجودة صنعته، وفيه من المسائل التي تعتبر من السقطات أو العثرات الاجتهادية، التي هي ملازمة للاجتهاد البشري.

وقد نبهت إلى ذلك كله عند كل مسألة على انفراد.

3)ظهر لي من خلال تعرضي لأدلة المالكية، نبوغ المدرسة العراقية من المذهب المالكي في مجال الاستدلال بالمعقول - خاصة – ممثلة في إمامها القاضي عبد الوهاب، وهذا لاشك أنه تولد نتيجة تأثره بالبيئة العراقية آنذاك ،حيث يوجد المذهب الحنفي، الذي يعد بارعا –بحق- في الاستدلال بالمعقول، الأمر الذي أدى إلى تنافس المذهبين في هذا الشأن، مما انعكس إيجابا على المذهب المالكي.

4)يعد المذهب المالكي من أغنى المذاهب في الثروة الفقهية من حيث تعدد الآراء فيه؛ مما يعكس نزعة التحرر عند رجالاته وفقهائه؛ وهذا ناتج عن تعدد مدارسه من عراقية ومدنية ومصرية ومغربية، الأمر الذي يضمن له التجدد والاستمرار دون تحور أصوله أو تبددها، فما أن يضيق قول ما حتى نجد مندوحة في قول آخر له اعتباره وفي المذهب نفسه، وبهذا يضمن المذهب المالكي انسجامه مع تطلعات النهضة، ومواكبة كل منطلقات التقدم والتحضر، واتساع شؤون الحياة، مقدما لكل مشكلاتها حلولا شرعية مستنبطة من نصوص الشرع على ضوء المقاصد الشرعية.

5)إن انفراد المالكية عن غيرهم له مبرراته وأسبابه، ومن خلال دراستي لبحث النكاح، كان سبب الانفراد راجعا في الغالب إلى ما يلي:

- توسع المالكية في اعتبار المعاني والمقاصد، والموازنة بين المفاسد بارتكاب أخفها لدفع أعظمها.
- توسعهم في الأخذ بمبدأ سد الذرائع.
- توسعهم في تفسير النصوص بالعرف، أو تخصيصها به.
- توسع المالكية في الأخذ بمبدأ مراعاة الخلاف، وهو المعيار الأساس الذي كان سبب تفريقهم بين حالتي الدخول بالزوجة وعدم الدخول بها فيما رأيناه من مسائل.
- كما أن هذا لا يمنع ورود أسباب أخرى.

ولله الحمد في الختام كما له الحمد في البدء.

الفهارس

فهرس الآيات

فهرس الآيات

136	﴿ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ ۚ ﴾ النور: ٣٢
142	﴿ وَقَالَتِ ٱمْرَأَتُ فِرْعَوْنَ قُرَّتُ عَيْنٍ لِّى وَلَكَ ۖ ﴾ القصص: ٩
88	﴿ إِنِّىٓ أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَىَّ هَٰتَيْنِ ﴾ القصص: ٢٧
أ	﴿ وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓا۟ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾ الروم: ٢١
153	﴿ ضَرَبَ لَكُم مَّثَلًا مِّنْ أَنفُسِكُمْ ۖ هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ ﴾ الروم: ٢٨
66	﴿ وَٱمْرَأَةً مُّؤْمِنَةً إِن وَهَبَتْ نَفْسَهَا ﴾ الأحزاب: ٥٠
67	﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ ﴾ الأحزاب: ٥٠
30	﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ ۚ ﴾ الحجرات: ١٣
123	﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ ﴾ الطلاق: ٦
99	﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ۖ ﴾ الطلاق: ٦
100	﴿ وَإِن تَعَاسَرْتُمْ فَسَتُرْضِعُ لَهُۥٓ أُخْرَىٰ ﴾ الطلاق: ٦
142	﴿ وَٱمْرَأَتُهُۥ حَمَّالَةَ ٱلْحَطَبِ ﴿٤﴾ ﴾ المسد: ٤

فهرس الأحاديث

فهرس الأحاديث النبوية

"أن فاطمة رضي الله عنها أتت النبي ﷺ تشكو إليه ما تلقى في يدها...".	103
"إنما الرضاعة من المجاعة".	131
"أنه ﷺ أخذ صداق فاطمة فصرفه...".	83
"أنه ﷺ كان يقول لعائشة رضي الله عنها: يا عائشة أطعمينا...".	103
"إياكم وخضراء الدمن...".	32
"أيما امرأة زوجها وليان...".	25
"أيما امرأة نكحت على صداق أو حباء...".	23
"بارك الله لك أو خيرا".	106
"البينة على المدعي واليمين على من أنكر".	79
"اتقوا الله في النساء، فإنكم أخذتموهن بأمان الله..."	141
"تنكح المرأة لأربع...".	32
"الثيب أحق بنفسها من وليها".	33
"الثيب تعرب عن نفسها".	37
"...اختر أربعا".	129
"إنما الرضاعة من المجاعة".	144
"اختر أيتهما شئت".	142
"خرجت من نكاح ولم أخرج من سفاح"	142
"...دعك منها ".	150
"زوج النبي ﷺ ابنته لعلي..."	27
"سبق المفردون"	2
"صدقوا، وأمر حمزة وعليا وعبيدة...".	29
"العائد في هبته كالعائد في قيئه"، "كالكلب يعود في قيئه".	22

"من استحل بدرهم فقد استحل...".	57
"من فر من ميراث وارثه قطع الله ميراثه...".	133
"من كانت له امرأتان فمال إلى إحداهما...".	107
"والشغار أن يقول الرجل للرجل زوجني...".	69
"...واليمين على المنكر".	70
"وتنكح الحرة على الأمة".	140
"...ولا مهر أقل من عشرة دراهم".	55
"ولهن عليكم رزقهن وكسوهن".	83
"ولي عقد النكاح الزوج".	88
"ولهن عليكم رزقهن وكسوهن بالمعروف".	93
"يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند..."	31
"يا عائشة هلمي المدية واشحذيها بحجر..."	103

فهرس الآثار

فهرس الآثار

"شرط الله قبل شرطهم..." علي.	122
"شهدت علي بن أبي طالب، جاءته امرأة مع زوجها...فقال علي: أتدريان ما عليكما؟..."عبيدة السلماني.	117
"لا يقبل على الرضاع أقل من شاهدين..." عمر.	148
"لأمنعن فروج ذوات الأحساب..." عمر.	32
"لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام ما أحببت إلا أن..." ابن مسعود.	134
"المرأة مع زوجها..."عمر.	122
"انطلقي فتربصي أربع سنين، ففعلت، ثم أتته..." عمر.	114
"هذا نكاح السر ولا أجيزه..." عمر.	43
"هي امرأتك ليس أحد يحرمها عليك..." علي وابن عباس.	136

فهرس الأعلام

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

(أ)

1) أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية: عبد العظيم شرف الدين. الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، مصر 2004م.

2) أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب: د. سالم الرافعي دار، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2002م.

3) أحكام الأسرة في الإسلام دراسة مقارنة: الأستاذ محمد شلبي. دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، ط2، 1977م.

4) أحكام أهل الذمة: ابن القيم، تحقيق: أبي البراء البكري وأبي أحمد العاروري. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م.

5) إحكام الفصول: أبو الوليد الباجي، تحقيق: عبد المجيد التركي، دار الغرب الإسلامي، ط1 1986م.

6) الإحكام في أصول الأحكام: أبو محمد بن حزم. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط)، (د،ت).

7) أحكام القرآن: ابن العربي، تحقيق: علي البجاوي. دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

8) إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل: ناصر الدين الألباني. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1399 هـ، 1979م.

9) أسد الغابة: ابن الأثير الجزري، تحقيق: محمد البنا، محمد عاشور، دار الشعب، (د،ط) (د،ت).

10) الإشراف على مذاهب أهل العلم: أبو بكر بن المنذر، تقديم: عبد الله البارودي. دار الفكر، بيروت، لبنان، (د،ط) 1414هـ، 1993م.

11) الإشراف على نكت مسائل الخلاف: عبد الوهاب البغدادي، تحقيق :الحبيب بن طاهر. دار ابن حزم، ط1، 1420هـ، 1999م.

12) أصول الفقه الإسلامي: وهبة الزحيلي. دار الفكر، دمشق، سوريا (د،ط) (د،ت) .

13) الأعلام: خير الدين الزركلي. دار العلم للملايين، بيروت، لبنان، ط15، 2002م.

14) الإفصاح عن معاني الصحاح ابن هبيرة، تحقيق: فؤاد عبد المنعم أحمد. دار الوطن، الرياض، السعودية، ط1، 1417هـ.

15) إكمال المعلم لفوائد مسلم: أبو الفضل عياض، تحقيق: يحيى إسماعيل. دار الوفاء، المنصورة، مصر، ط1، 1419 هـ، 1998م.

16) الأم: (موسوعة الإمام الشافعي)، محمد بن إدريس الشافعي، تحقيق: أحمد حسون. دار قتيبة، بيروت لبنان، ط2، 2003م.

17) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل: علاء الدين المرداوي. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د،ط)، (د،ت).

18) أنوار البروق في أنواء الفروق: شهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد سراج، علي جمعة. دار السلام، القاهرة، مصر، ط1، 2001م.

19) إيصال المسالك إلى أصول مذهب الإمام مالك: محمد يحيى الولاتي، تحقيق: مراد بوضاية. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1427هـ، 2007م.

20) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام أبي عبد الله مالك: أحمد الونشريسي، تحقيق: الصادق الغرياني. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 2006م.

(ب)

21) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع:علاء الدين الكاساني. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

22) بداية المجتهد ونهاية المقتصد: ابن رشد الحفيد، تحقيق: عبد المجيد حلبي. دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1418هـ، 1997م.

23) البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع: محمد بن علي الشوكاني. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1998م.

24) برنامج الشوارد لابن عظوم الحفيد، تحقيق: رابح زرواتي، الإشراف: إسماعيل يحي رضوان، رسالة ماجستير: جامعة الأمير، قسنطينة،1418هـ، 1998م.

25) البناية شرح الهداية : بدر الدين العيني، تحقيق: أيمن رمضان. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ، 2000م.

26) البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة: ابن رشد الجد، تحقيق: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان (د،ط) 1404هـ، 1984م.

(ت)

27) تبيين المسالك شرح تدريب السالك إلى أقرب المسالك: عبد العزيز مبارك الأحسائي، شرح: محمد الشيباني الشنقيطي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1995م.

28) تذكرة الحفاظ: الذهبي، تحقيق: زكريا عميرات. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1419هـ، 1998م.

29) ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك: القاضي عياض، تحقيق: سعيد أعراب. مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، ط1، 1401هـ، 1981م.

30) التفريع في فقه الإمام مالك بن أنس: أبو القاسم بن الجلاب، تحقيق: سيد حسن. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007م.

31) تقريب التهذيب: ابن حجر العسقلاني، تحقيق: عادل مرشد. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1416هـ، 1996م.

32) تقريب معجم مصطلحات الفقه المالكي: عبد الله معصر. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007م.

33) تكملة المجموع شرح المهذب، دار الفكر (د،ط) (د،ت).

34) تلخيص الحبير: ابن حجر العسقلاني، دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

35) التهذيب في فقه الشافعي: أبو الحسن البغوي، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ،1997م.

(ج)

36) جامع أحكام الصغار: محمد محمود الأسروشني. دار الفضيلة، القاهرة، مصر، ط1، 1984م.

37) جامع الأحكام الفقهية للإمام القرطبي من تفسيره: فريد الجندي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1426هـ، 2005م.

38) جامع الأمهات: أبو بكر بن الحاجب، تحقيق: أبي الفضل الطنجي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ، 2004م.

39) الجامع الكبير: أبو عيسى الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1998م.

40) الجامع للاختيارات الفقهية لشيخ الإسلام ابن تيمية: أحمد موافي. دار بن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط2، 1416هـ، 1995م.

41) الجواهر الثمينة في بيان أدلة عالم المدينة: حسن بن المشاط، تحقيق: عبد الوهاب أبو سليمان. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ، 1990م.

42) الجواهر المضية في طبقات الحنفية: محيي الدين بن أبي الوفاء، تحقيق: عبد الفتاح الحلو. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1413هـ، 1993م.

(ح)

43) الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي: أبو الحسن الماوردي، تحقيق وتعليق: علي معوض، عادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ، 1994م.

44) الاحتياط: حقيقته وحجيته وأحكامه وضوابطه: إلياس بلكا. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.

45) الحجة على أهل المدينة: محمد بن الحسن الشيباني، ترتيب: السيد مهدي القادري. عالم الكتب، ط3، 1403هـ، 1983م.

(خ)

46) اختلاف الفقهاء: ابن جرير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

47) الاختيار لتعليل المختار: عبد الله الموصلي، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط1، 1419هـ، 1998م.

(د)

48) الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة، ابن حجر العسقلاني، تحقيق: محمد سيد جاد الحق. مطبعة المدني، (د،ط) 1385هـ، 1966م.

49) الديباج المذهب في معرفة أعيان المذهب: ابن فرحون، تحقيق: مأمون الجنان. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ، 1996 م.

(ذ)

50) الذخيرة: شهاب الدين القرافي، تحقيق: محمد بوخبزة. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1994م.

(ر)

51) رد المحتار على الدر المختار وشرح تنوير الأبصار: ابن عابدين، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض، تقديم: محمد إسماعيل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ، 1994م.

52) روضة الطالبين: أبو زكريا النووي، تحقيق: عادل عبد الموجود، علي معوض. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

(ز)

53) زاد المعاد في هدي خير العباد: ابن القيم. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط3، 1982.

(س)

54) الاستذكار الجامع لمذاهب فقهاء الأمصار وعلماء الأقطار فيما تضمنه الموطأ من معاني في الرأي والآثار وشرح ذلك كله بالإيجاز والاختصار: أبو عمر بن عبد البر، توثيق وتخريج: د.عبد المعطي قلعجي. مكتبة الرسالة الحديثة، المملكة الأردنية الهاشمية، ط1، 1988م.

55) الاستيعاب في معرفة الأصحاب: أبو عمر بن عبد البر، تحقيق: علي البجاوي. دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1412هـ، 1992م.

56) السلسبيل في معرفة الدليل: صالح البليهي، تحقيق: عبد المنعم إبراهيم. المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، ط2، 1421هـ، 2000م.

57) سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة، وأثرها السيئ على الأمة: ناصر الدين الألباني. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط5، 1405هـ، 1985م.

58) سنن ابن ماجه: ابن ماجه، مع شرح أبي الحسن السندي، تحقيق: خليل شيخا. دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ، 1996م.

59) سنن أبي داود، دراسة: كمال يوسف الحوت، دار الجنان، بيروت، لبنان، ط1، 1409هـ، 1988م.

60) سنن الدارقطني: علي الدارقطني. دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، (د،ط)، 1413هـ ، 1993م .

61) السنن الكبرى: أبو بكر البيهقي. دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط)، 1413هـ، 1992م.

62) السنن الكبرى: النسائي، تحقيق: حسن شلبي، إشراف: شعيب الأرنؤوط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ، 2001م.

63) سير أعلام النبلاء: شمس الدين الذهبي، التحقيق بإشراف: شعيب الارنؤوط. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط4، 1406هـ، 1986م.

(ش)

64) شجرة النور الزكية في طبقات المالكية: محمد مخلوف، ضبط: عبد المجيد خيالي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.

65) شرح ابن ناجي على متن الرسالة، تحقيق: أحمد المزيدي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1428 هـ، 2007م.

66) شرح التلويح على التوضيح لمتن التنقيح في أصول الفقه: سعد الدين التفتازاني، تحقيق: زكريا عميرات. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ، 1996م.

67) شرح حدود ابن عرفه: أبو عبد الله الرصاع، تحقيق: محمد أبي الأجفان، الطاهر المعموري. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1993م.

68) شرح الخرشي على مختصر سيدى خليل، وبهامشه حاشية الشيخ العدوي. دار صادر، بيروت، لبنان، ط1، (د،ت).

69) الشرح الكبير: الدردير، مع حاشية الدسوقي. دار الفكر، بيروت، لبنان (د،ط) (د،ت).

70) الشرح الممتع على زاد المستقنع: محمد بن صالح العثيمين. دار ابن الجوزي، جدة، المملكة العربية السعودية، ط1، 1428 هـ.

71) شرح صحيح البخاري: ابن بطال القرطبي، تحقيق: أبي تمام ابراهيم. مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ط2، 2003م.

72) شرح فتح القدير: الكمال بن الهمام. دار التراث العربي، بيروت، لبنان (د،ط،ت).

(ص)

73) صحيح البخاري: أبو عبد الله البخاري. دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، (د،ط) (د،ت).

74) صحيح سنن ابن ماجه: ناصر الدين الألباني. مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1417هـ، 1997م.

75) صحيح سنن أبي داود: ناصر الدين الألباني. مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ، 1998م.

76) صحيح مسلم بشرح النووي، تحقيق: خليل مأمون شيحا. دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط4، 1418هـ، 1997م.

(ض)

77) الضعفاء والمتروكين: عبد الرحمن ابن الجوزي، التحقيق: عبد الله القاضي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406هـ.

78) ضعيف سنن ابن ماجة: ناصر الدين الألباني. مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1 1417هـ، 1997م.

79) ضعيف سنن أبي داود: ناصر الدين الألباني. مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1419هـ، 1998م.

80) الضوء اللامع لأهل القرن التاسع: شمس الدين السخاوي، تحقيق: عبد اللطيف عبد الرحمن. دار الكتب العلمية، عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.

(ط)

81) طبقات الحنابلة: القاضي أبو يعلى. دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

82) طبقات الفقهاء: أبو إسحاق الشيرازي، تحقيق، إحسان عباس. دار الرائد العربي، بيروت، لبنان، ط2، 1401هـ، 1981م.

83) طبقات الفقهاء الشافعية: تقي الدين بن الصلاح، تحقيق: محي الدين نجيب. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1992م.

(ع)

84) عارضة الأحوذي لشرح صحيح الترمذي: أبو بكر بن العربي. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

85) عدة البروق في جمع ما في المذهب من الجموع والفروق: أبو العباس الونشريسي، تحقيق: حمزة أبي فارس. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1990م.

86) العزيز شرح الوجيز: أبو القاسم الرافعي، تحقيق: علي معوض، عادل عبد الموجود. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ، 1997م.

87) عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة: ابن شاس، تحقيق: حميد لحمر. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1423هـ، 2003م.

88) عيون المجالس: اختصار القاضي عبد الوهاب البغدادي، تحقيق ودراسة: أمباي بن كيباكاه، مكتبة الرشد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1421هـ، 2000م.

(ف)

89) الفتاوى الهندية: الشيخ نظّام وجماعة من علماء الهند. دار الفكر، بيروت، لبنان (د،ط) (د،ت).

90) فتاوى معاصرة: يوسف القرضاوي، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 2000م.

91) فتح الباري بشرح صحيح البخاري: ابن حجر العسقلاني. دار المعرفة، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

92) فتح البيان في مقاصد القرآن: أبو الطيب صديق القنوجي، إخراج: ابراهيم شمس الدين. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ، 1999م.

93) فتح باب العناية بشرح النقاية: نور الدين القاري. دار الأرقم، بيروت، لبنان، ط1، 1997م.

94) الفقه الإسلامي وأدلته: د.وهبة الزحيلي. دار الفكر، دمشق، سورية، ط3، 1984م.

95) الفقه الحنفي في ثوبه الجديد: عبد المجيد طهماز. دار القلم، دمشق، سوريا، ط1، 1420هـ، 2000م.

96) الفقه المالكي في ثوبه الجديد: محمد الشفقة. دار القلم، دمشق، سوريا، ط2، 1422هـ، 2001م.

97) الفقه المالكي وأدلته: الحبيب بن طاهر. مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، ط3، 1426هـ، 2005م.

98) الفقه المقارن للأحوال الشخصية: بدران أبو العينين. دار النهضة العربية، بيروت، لبنان،(د،ط) (د،ت).

99) الفقه المنهجي على مذهب الإمام الشافعي: مصطفى الخن، مصطفى البغا، علي الشربجي. دار القلم، دمشق، سوريا، ط3، 1419 هـ، 1998م.

100) فهرس الفهارس والأثبات ومعجم المعاجم والمشيخات والمسلسلات : عبد الحي الكتاني، تحقيق: إحسان عياض. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط2، 1402هـ، 1982م.

(ق)

101) القوانين الفقهية: ابن جزي، تحقيق: محمد أمين الحفناوي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،ط2، 1427هـ، 2006م.

(ك)

102) الكافي في فقه الإمام المبجل أحمد بن حنبل: ابن قدامة، تحقيق: زهير الشاويش. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط3، 1402هـ، 1982م.

103) الكافي في فقه أهل المدينة المالكي: ابن عبد البر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1992م.

104) الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار: أبو بكر بن أبي شيبة، تحقيق: محمد عبد السلام شاهين. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ، 1995م.

105) كشاف القناع عن متن الإقناع: منصور البهوتي، مراجعة: هلال مصيلحي. ط:دار الفكر بيروت، لبنان ، (د،ط)، 1402هـ، 1982م.

106) كشف الخفاء ومزيل الإلباس عما اشتهر من الأحاديث على ألسنة الناس: إسماعيل العجلوني، تحقيق: أحمد القلاش. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط7، 1418هـ، 1997م.

(ل)

107) لسان العرب: ابن منظور، إعداد: يوسف خياط، تقديم: عبد الله العلايلي. دار لسان العرب، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

(م)

108) المبسوط: شمس الدين السرخسي. دار الكتب العلمية بيروت، لبنان ،ط1، 1414هـ، 1993م.

109) مجموع فتاوى ابن تيمية جمع وترتيب عبد الرحمن بن قاسم مكتبة المعارف، الرباط، المغرب (د،ت).

110) محاضرات في الفقه المقارن في الأحوال الشخصية: أ.د مسعود فلوسي، السنة الجامعية 2006-2007.

111) مختصر اختلاف العلماء: أبو جعفر الطحاوي، اختصار: أبي بكر الرازي، تحقيق: عبد الله نذير أحمد. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط2، 1417هـ، 1996م.

112) مختصر الطحاوي: أبو جعفر الطحاوي، تحقيق: أبي الوفاء الأفغاني. نشر لجنة إحياء المعارف النعمانية، حيدر آباء الضد (د،ط)(د،ت).

113) مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته: عبد الله التناني. مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، ط1، 2005م.

114) مدونة الفقه المالكي وأدلته: الصادق الغرياني. مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، ط2، 1423هـ، 2002م.

115) المدونة الكبرى: سحنون. دار صادر، مطبعة السعادة، مصر (د،ط) 1323 هـ.

116) مسالك الدلالة في شرح مسائل الرسالة: أحمد بن صديق الغماري، ضبط: عبد الجليل عبد السلام. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، 1427هـ، 2006م.

117) المسالك في شرح موطأ مالك: ابن العربي، تحقيق: محمد السليماني، عائشة السليماني، تقديم: يوسف القرضاوي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007م.

118) المستدرك على الصحيحين: الحاكم النيسابوري، اعتنى به: صالح اللحام. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007 م.

119) مسند الشهاب : القضاعي، تحقيق: حمدي السلفي، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط2، 1407هـ، 1986م.

120) المسند: أحمد ابن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد. مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1420هـ، 1999م.

121) مصطلحات المذاهب الفقهية وأسرار الفقه المرموز في الأعلام والكتب والآراء والترجيحات: مريم الظفيري. دار ابن حزم ،بيروت، لبنان، ط2، 1422هـ، 2002م.

122) المصنف: عبد الرزاق الصنعاني، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان ، ط2 ، 1403هـ ، 1983م .

123) المعجم الأوسط: الطبراني، تحقيق: محمود الطحان. مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1405هـ، 1985م.

124) المعجم الصغير: الطبراني، تحقيق: محمد شكور. المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1405هـ، 1985م.

125) معجم تراجم الفقهاء: يحيى مراد. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1425هـ، 2004م.

126) معجم مقاييس اللغة: ابن فارس، تحقيق: عبد السلام هارون، دار الجيل، بيروت، لبنان، ط1، 1411هـ، 1991م.

127) المعونة على مذهب عالم المدينة،: عبد الوهاب البغدادي، تحقيق: محمد حسن الشافعي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1418هـ، 1998م.

128) المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل افريقية والأندلس والمغرب: أبو العباس الونشريسي، تحقيق: جماعة من العلماء بإشراف: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان (د،ط) 1401هـ، 1981م.

129) مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج: شمس الدين الشربيني، تحقيق : علي معوض، عادل عبد الموجود، تقديم : محمد بكر إسماعيل. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1415هـ، 1994م.

130) المغني: موفق الدين بن قدامة. دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، (د،ط) 1403هـ، 1983م.

131) مفردات المذهب المالكي في العبادات: عبد المجيد الصلاحين. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1426هـ، 2005م.

132) المقاصد الحسنة في بيان كثير من الأحاديث المشتهرة على الألسنة: السخاوي، تحقيق: عبد الله الصديق. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.

133) المقدمات الممهدات لبيان ما اقتضته رسوم المدونة من الأحكام الشرعيات والتحصيلات المحكمات لأمهات مسائلها المشكلات: ابن رشد الجد، تحقيق: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1408هـ، 1988م.

134) مناهج التحصيل ونتائج لطائف التأويل في شرح المدونة وحل مشكلاتها: أبو الحسن الرجراجي، اعتنى به: أبو الفضل الدمياطي، تقديم: د. علي لقم. دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1428هـ، 2007م.

135) المنتقى: أبو الوليد الباجي. دار الكتاب الإسلامي، القاهرة ط1، (د،ت).

136) منح الجليل على مختصر العلامة خليل: محمد عليش. دار صادر، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

137) المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد: منصور البهوتي، تحقيق: عبد الله المطلق. دار كنوز اشبيليا، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1427هـ، 2006م.

138) المنهج الأحمد في تراجم أصحاب الإمام أحمد: أبو اليمن العليمي، تحقيق: محيي الدين عبد الحميد. عالم الكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1403هـ، 1983م.

139) مواهب الجليل لشرح مختصر خليل:لأبي عبد الله المغربي (الحطاب)، تحقيق: زكريا عميرات. دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، ط1 ، 1416هـ، 1995م.

140) مواهب الجليل من أدلة خليل: أحمد الجكني الشنقيطي، تحقيق: عبد الله الأنصاري. دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان، (د،ط) 1426 هـ ، 2005 م .

141) الموطأ: مالك ابن أنس، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1، 1426هـ، 2005م.

142) الموسوعة الفقهية. وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط2، 1408هـ، 1988م.

(ن)

143) الانتقاء في فضائل الأئمة الثلاثة الفقهاء: ابن عبد البر، اعتنى به: عبد الفتاح أبو غدة. دار البشائر الإسلامية، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ، 1997م.

144) نصب الراية تخريج أحاديث الهداية: جمال الدين الزيلعي، تحقيق: أحمد شمس الدين. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416هـ، 1996م.

145) النوادر والزيادات على ما في المدونة من غيرها من الأمهات: ابن أبي زيد القيرواني، تحقيق: محمد حجي. دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، ط1، 1999م.

146) نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأبرار: محمد بن علي الشوكاني، تحقيق: نصر فريد واصل. المكتبة التوفيقية، مصر، (د،ط) (د،ت).

147) نيل المرام من تفسير آيات الأحكام: أبو الطيب القنوجي، تحقيق: محمد اسماعيل، أحمد المزيدي. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1424هـ، 2003م.

(و)

148) الوسيط في المذهب: أبو حامد الغزالي، تحقيق: أبي عمر الحسيني. دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1421هـ، 2001م.

149) وفيات الأعيان: ابن خلكان، تحقيق: إحسان عباس. دار صادر، بيروت، لبنان، (د،ط) (د،ت).

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

الفصل الثاني: تفردات المالكية في الصداق.

الفصل الثالث: تفردات المالكية في حقوق الزوجية.

الفصل الرابع: تفردات المالكية في الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها.

ملخصات البحث

ملخص البحث

تناول الباحث في هذه المذكرة مناقشة مسائل في الفقه المالكي مقارنة بآراء المذاهب الفقهية الثلاثة الأخرى (الحنفي، الشافعي والحنبلي)، يجمع بين هذه الجملة من المسائل أنها تعّد مما انفرد به المذهب المالكي عن غيره من المذاهب المذكورة، ويجمعها كذلك أنها مصنفة في موضوع معهم؛ ألا وهو موضوع الزواج وما يترتب عليه من حقوق وواجبات، قاصرة كانت أو متعدية.

وكان القصد من البحث في مثل هذا الموضوع، وفي هذا النوع من المسائل بالذات، هو أنه لا جدال ولا نقاش في أن الأسرة هي أساس المجتمع، وبصلاحها يصلح، وبفسادها يفسد، ولا شك أن صلاح الأسرة موهون بصلاح مبدئه؛ ألا وهو الزواج –من أولى مقدماته إلى حين انعقاده وترتيب أثاره المشروعة– فكل ما كان موافق للشرع كان محققا لمقاصده على عَامها وكمالها.

كما يكتسي البحث أهمية من جهة البحث في انفرادات المذهب المالكي، حيث عُنِي أولا بجمع الأدلة –لهذه المسائل– من بطون الكتب، ثم مناقشتها، وتوضيح مدى دقتها ووضوحها، وبذلك يتضح لنا أرجح الأمرين في كل مسألة:

– إما أن يكون رأي المذهب المالكي في ذلك قويا واضحا، وبذلك يحسب من حسنت رجالات هذا المذهب، ويتأكد الفتوى له والعمل به عند المسلمين.

– وإما أن يكون الرأي في ذلك ضعيفا –ولا عيب في ذلك، فإنه اجتهاد البشر– فيتأكد العمل بغيره، مراعين في ذلك تحقيق مقاصد الشرع.

بعد مناقشة الأدلة في المسائل التي استطعت أن استشفها من بطون أمهات الكتب، تبين لي أن الأمرين واقعان، وقد نبهت على ذلك في مواضعه، في ما رجحه العلماء المعاصرون، أو ما تبين لي في ذلك.

وقد اقتضت طبيعة الموضوع وتشعب مسائله تقسيمه إلى مقدمة وتمهيد وأربعة فصول، وخاتمة.

فمهدت بتوضيح حقيقة المفردات وتاريخ التأليف فيها إلى عصرنا هذا، وكان الفصل الأول عن انفرادات المالكية في مسائل الخطبة والولاية والإشهاد، وكان الفصل الثاني في نظير تلك المسائل في الصداق، وكان الفصل الثالث في مسائل الحقوق الزوجية، والفصل الرابع في مسائل الأنكحة الفاسدة والمنهي عنها، مركزا على انفرادات المالكية كما سلف الذكر.

وبعد جولة مع هذه المسائل، تبين لي جملة من النتائج ختمت بها هذا البحث، منها أنه اتضح لي رجحان رأي المالكية في بعض المسائل ذات الأهمية في عصرنا، كوجوب إرضاع لولدها إذا كانت في عصمة الزوج، إلا لضرورة تقتضي العدول عن ذلك.

وكما تبين لي ضعف رأي المالكية في بعض المسائل، كمسألة الشهادة على النكاح...

كما تبين لي اعتناء علماء المالكية برعاية مقاصد الشرعية، والموازنة بين المصالح والمفاسد، مستعينين في ذلك كله بأصول ومبادئ خالفوا فيها غيرهم، كأصل مراعاة الخلاف، أو متوسعين في الأخذ بما وافقهم عليه غيرهم، كأصل الاحتياط وسد الذرائع.

والحمد لله في الختام كما له الحمد في البدء

Résumé

Dans cette étude, le chercheur s’est penché sur des questions relatives à la pensé Malékite comparativement aux pensées des trois autrs imams.

Le lien entre cet ensemble de questions est que l’imam Malek s’est singularisé dans leur étude et qui sont liées par le fait qu’elles traitent d’un sujet très important qui est le mariage et ce qui s’en suit de devoir et droits individuels ou collectifs.

Le but de cette étude est de démontrer qu’une famille saine est la base d’une société épanouie et il n’ya aucun doute que le respect des règles de notre religion dans le déroulement du mariage lui-même est primordial pour arriver à cette famille saine.

En rassemblent des preuves, les analysent et démontrant leur exactitude, nous arrivons à deux conclusion :

- soit l’avis de la pensée Mélekite est fort et clair et il est suivi par l’ensemble des musulmans.

- soit l’avis est faible, ce qui nous conduit à prendre en considération l’avis des autres imams.

La nature et la diversité du sujet m’ont poussé a le répartir en une introduction et préface, quatre chapitres et une conclusion.

- l’introduction contient la véracité et l’historique du lexique utilisé jusqu’à nos jours.

- le 1er chapitre traite la singularité de la pensée malékite au sujet des fiançailles, tutelle et témoignage.

- le 2eme chapitre traite le sujet de la dot.

- le 3eme chapitre traite le sujet des droits conjugaux.

- le 4eme chapitre traite les questions des unions illicites et déconseillées.

- en conclusion, je suis arrivé à un ensemble de résultats :

➢ la primauté de la pensée malékite dans certaines questions essentielles de notre ère comme la nécessité de l'allaitement de la mère à son enfant sans cas majeur.

➢ la faiblesse de la pensé malékite dans d'autres cas comme le témoignage dans l'union.